Die Sicherungsübereignung insbesondere von Warenlagern.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der Hohen Juristischen Fakultät der K. Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Willy Bonnet
Referendar in Stuttgart.

ACAD. LEGIS. BAT. BIBL.

Stuttgart.
Druck von W. Kohlhammer.
1912.

Genehmigt auf Antrag des Referenten Prof. Dr. S. Rietschel
am 18. Mai 1912.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung	5
§ 2.	Die verschiedenen Arten der Sicherungsübereignung	8
§ 3.	Zweck und Folgen der Sicherungsübereignung	12
§ 4.	Die rechtlichen Bedenken gegenüber der Sicherungsübereignung	17
§ 5.	Die Simulation bei der Sicherungsübereignung	19
§ 6.	Die lex commissoria und die Sicherungsübereignungen	20
§ 7.	Das Verbot der Mobiliarhypothek in seiner Beziehung zur Sicherungsübereignung	24
§ 8.	Die Sicherungsübereignung — ein gewohnheitsrechtliches Institut	29
§ 9.	Das constitutum possessorium und die Sicherungsübereignung	31
§ 10.	Die Sicherungsübereignung von Warenlagern und ähnlichen Sachinbegriffen	36
§ 11.	Einzelne Rechtsfolgen aus dem Gebiet der Sicherungsübereignung	48
§ 12.	Reformen	49
	Literaturverzeichnis	52

§ 1. Die wirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung.

Jedes wirtschaftliche Gut trägt in sich einen Gebrauchswert und einen Tauschwert: Diese beiden Werte nach Möglichkeit auszunützen, ist ein natürliches wirtschaftliches Streben, dessen sich der Eigentümer der Sache befleißigt. So sucht dieser insbesondere auch den durch den Tauschwert bedingten Sicherungswert des Guts zu seinen Kreditzwecken zu verwerten, ohne sich dabei der Vorteile des Gebrauchswerts begeben zu müssen.

Um dieses Ziel zu erreichen, ist der bequemste und der bei Immobilien stets begangene Weg der der Pfand- bezw. Hypothekenbestellung: Der Eigentümer räumt, um den Kredit zu bekommen, dem kreditgewährenden Gläubiger an dem in seinem — des Schuldners — Eigentum und Besitz verbleibenden Gut ein dingliches Recht ein, das einer eventuellen Befriedigung des Gläubigers zu dienen bestimmt ist. Diese Möglichkeit ist aber dem Schuldner durch die Rechtsordnung genommen, soweit es sich um bewegliche Sachen handelt: eine Mobiliarhypothek ist nach heutigem Recht nicht zulässig. Um den Forderungen der Verkehrs- und Rechtssicherheit gerecht zu werden, ist für die Pfandrechte ein gewisses Publizitätsprinzip anerkannt und durchgeführt. Einem arglistigen Schuldner muß die Möglichkeit genommen sein, dieselbe Sache mehrmals zu verpfänden. Bei unbeweglichen Sachen schützt hier das Erfordernis des Registereintrags; bei beweglichen Sachen dagegen verlangt das Gesetz zu einer wirksamen Pfandbestellung seitens des Schuldners Übergabe der Sache an den Gläubiger und bestimmt weiter in Umkehrung dieses Satzes, daß bei einer Rückgabe der Pfandsache durch den Pfandgläubiger an den Verpfänder oder Eigentümer das Pfandrecht erlischt.

Dieses Faustpfandprinzip war die Ursache für die Entstehung des Instituts der Sicherungsübereignung. Die Praxis schuf sich damit einen Ausweg.

Weil es nicht möglich ist, an beweglichen Sachen ein Pfandrecht unter Belassung der Pfandsachen im Besitz des Pfandschuldners zu begründen, ging man darauf aus, das Ziel der Verpfändung, bezw. das Ziel, Gebrauchs- und Tauschwert der beweglichen Sachen gleichzeitig zu verwerten, auf einem andern Weg als dem des Pfandrechts zu erreichen.

Zur Sicherung für den gewährten Kredit schließen Schuldner und Gläubiger einen Vertrag, in dem der Schuldner an bestimmten beweglichen Sachen dem Gläubiger das völlige Eigentumsrecht überträgt; dabei vereinbaren sie dann weiterhin ein obligatorisches oder dingliches Rechtsverhältnis — meist Leihe oder Miete —, auf Grund dessen dem Schuldner die Möglichkeit geschaffen wird, diese übereigneten Gegenstände in seinem Besitz und Gebrauch zu behalten, mit ihnen weiter zu arbeiten — ihren Gebrauchswert für sich auszunützen.

Es wird nun allerdings gesagt, es sei ein wirtschaftlich verfehlter Gedanke, Sachen, die dem unmittelbaren Gebrauch dienen, noch zu Kreditzwecken ausnützen zu wollen [1]). Dies mag richtig sein, soweit es sich um eine Übereignung von Gegenständen mit sog. eigentlichem Gebrauchswert handelt, also Gegenständen, die für den persönlichen oder den Gebrauch der Familie bestimmt sind, insbesondere auch die Kompetenzgegenstände des § 811 der ZPO., mit deren definitivem Verlust zu tief in die Existenzbedingungen des Schuldners eingegriffen würde.

Der Gebrauchswert eines Guts kann aber auch darin liegen, daß dasselbe zu produktiven Zwecken benützt wird, wie z. B. bei Gutsinventar oder bei Maschinen, und bezüglich solcher Güter wäre dann nicht einzusehen, weshalb sie nicht ebensogut wie etwa ein Haus und ein Grundstück zu Kreditzwecken sollen ausgenützt werden können, zumal in denselben, besonders in Maschinen oft ein nicht unbedeutendes Kapital ihres

1) Höniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1911, S. 177 ff.

Besitzers steckt. Freilich läßt sich nicht leugnen, daß in der Praxis wohl die meisten Sicherungsübereignungen Gegenstände, die für den persönlichen Gebrauch bestimmt sind, insbesondere Wohnungseinrichtungen, betreffen.

In der Praxis finden sich ungezählte Sicherungsübereignungsverträge. Sie bilden „ein notwendiges Übel" des gegenwärtigen Rechts- und Wirtschaftslebens[2]). Sie bergen eben gleichzeitig einen großen Schaden in sich: Das, was zum Verbot der Mobiliarhypothek geführt hat, das Fehlen der Publizität ist es, was diese Verträge für die Verkehrssicherheit so gefährlich macht. Es ist dies so schlimm, daß nachgerade solche industrielle Interessenverbände, die besonders unter ihrer Ausbreitung zu leiden haben, den Wunsch nach gänzlicher Beseitigung derselben aussprechen.

Insbesondere auch der Handel leidet darunter, denn mit dem immer breiter werdenden Umsichgreifen der Sicherungsübereignungen wird allmählich jeder Maßstab für die Kreditwürdigkeit des Schuldners genommen. Ein Kaufmann kann einem Kunden, der ein großes Warenlager, Einrichtungsgegenstände und dergl. besitzt, im Vertrauen hierauf nicht mehr Waren auf Kredit verkaufen, denn er kann nie wissen, ob nicht alle diese Gegenstände zur Sicherung in eines Anderen Eigentum sich befinden. So hat ein Institut, das geschaffen wurde, um dem Kredit neue Quellen zu eröffnen, vielfach in einer sehr schädlichen Weise diese Quellen zum Versiegen gebracht. Dazu kommt noch als ein weiterer Nachteil der Sicherungsübereignung, daß auch nicht einmal der Gläubiger, der sich zu seiner Sicherheit Sachen seitens des Schuldners übereignen ließ, so wie es nun zu wünschen wäre, geschützt ist, denn da für eine solche Übereignung eine jegliche äußerliche Erkennbarkeit auch für interessierte Dritte fehlt, ist es einem arglistigen Schuldner ein leichtes, dieselben Gegenstände zweimal oder gar noch öfter an verschiedene Gläubiger zu übereignen und sich so mehrfach Kredit zu verschaffen. Ein solcher Schuldner macht sich wohl einer strafbaren Handlung schuldig; aber der Gläubiger, der sich im Hinblick auf die Übereignung sicher wähnte, hat keine Möglichkeit für seinen Ausfall einen Ersatz zu erlangen.

2) Vgl. hiezu und zu folgendem: Handelsblatt der Frankf. Ztg. 1911, Nr. 235.

Von allen Seiten drängt man mehr und mehr auf eine gesetzliche Regelung des Instituts; die Notwendigkeit seiner Existenz überhaupt wird ziemlich allgemein bejaht; so gilt es also nur durch entsprechende Einrichtungen seine Mängel zu beseitigen. Eine solche Beseitigung würde wohl durchweg erreicht durch ein Erkennbarmachen des Eigentumsübergangs — durch Publizität. Über den besten Weg hiezu streitet man sich; es sind viele Formen vorgeschlagen, insbesondere die Zustände in England und Frankreich werden als Muster angeführt; schließlich wird eben nichts anderes übrig bleiben, als den freilich oft als sehr lästig empfundenen und andererseits auch nicht immer genügenden Weg des Registereintrags zu wählen.

§ 2. Die verschiedenen Arten der Sicherungsübereignung.

Die Übertragung des Eigentums zur Sicherung kann zunächst unbedingt und abstrakt erfolgen, wobei dann die Absicht der Parteien dem Schuldner eine Möglichkeit des Rückerwerbs seines Eigentums zu gewähren, falls es zu einer Tilgung seiner Schuld gekommen ist, entweder in einem besonderen obligatorischen Nebenvertrag ihren Ausdruck gefunden hat oder aber eben aus dem reinen Sicherungszweck, den der geschlossene Hauptvertrag verfolgt, zu folgern ist, wobei letzterer gar nicht besonders ausgesprochen zu sein braucht.

Neuerdings freilich, nachdem die Sicherungsübereignungsverträge etwas alltägliches geworden sind, haben sich auch die Parteien, die solche abschließen, mehr und mehr daran gewöhnt, den damit verfolgten Sicherungszweck ruhig zum Ausdruck zu bringen, und dementsprechend pflegt in den Verträgen gesagt zu werden, daß das Eigentum an bestimmten Gegenständen *zur Sicherung* dieser oder jener Forderung an den Gläubiger übertragen werde.

Häufig findet sich die unbedingte Sicherungsübereignung, namentlich wenn der Vertrag von Laien abgeschlossen wird, in der Form des sog. Sicherungskaufs: Die Parteien schließen nach außen einen reinen Kaufvertrag ab; die Sachen, die zur Sicherung übereignet werden, bilden den Kaufgegenstand, der zu zahlende Kaufpreis gilt als aufgerechnet gegen

die zu sichernde Forderung, der Schuldner ist Verkäufer, der Gläubiger ist Käufer; ein unbefangener Dritter findet nirgends etwas von einem Sicherungszweck.

Die Behandlung solcher Verträge ist bestritten. Wie wir gesehen haben, gilt die Forderung des Gläubigers als aufgerechnet gegen die Kaufpreisforderung — dann wäre nach § 389 BGB. die zu sichernde Forderung als erloschen zu betrachten und man müßte mit Hellwig[3]) mit Recht sagen, ein derartiger Sicherungskauf sei eine contradictio in adiecto, da es mit dem Wegfall der zu sichernden Forderung selbst auch keine Sicherungsbegründung für dieselbe mehr geben kann. Demgegenüber erklärt Düringer-Hachenburg[4]), auch wenn der Gläubiger die Sicherungsobjekte gekauft und mit dem Kaufpreis gegen seine Forderung aufgerechnet habe, verliere er nicht das Recht seine Forderung einzuklagen. Um die Forderung durch Verrechnung zu tilgen, wäre vielmehr eine ernstliche Hingabe an Zahlungsstatt erfordert, während eine solche nicht gegeben sei. Diese Ausführungen bekämpft Lilienthal[5]), der seinerseits erklärt, wenn ein ernstlicher, wenn auch zur Sicherung geschlossener Kaufvertrag vorliege, so sei die gegen den Kaufpreis aufgerechnete Forderung des Gläubigers erloschen und es soll hier nur der Schuldner, auch ohne eine besondere Abrede, das Recht haben, die verkauften Sachen für den Betrag seiner früheren Schuld wieder zu kaufen. — Konsequenterweise kann man in einem derartigen Fall nicht von einer Sicherungsübereignung sprechen.

Das Richtige wird auch hier in der Mitte liegen: man muß die Frage als eine Tatfrage behandeln, deren Beantwortung in erster Linie von dem wirklichen Willen der Parteien abhängt.

Sprechen sich die Parteien klar und deutlich über den Kaufvertrag als solchen und insbesondere auch über die gewollte Aufrechnung aus, sieht man, daß ihnen an einer weiteren Geltendmachung der alten Forderung nichts mehr gelegen ist, so muß diese Forderung durch die

3) Hellwig im Arch. f. ziv. Praxis 64, S. 384.
4) Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 1901 S. 549 f.
5) DJZ. 1902 S. 542. Lilienthal, Die Übereignung zum Zweck der Sicherung.

Aufrechnung als erloschen gelten und die aus dem sonstigen Sicherungszweck sich ergebenden Rechtsfolgen können nunmehr keine Anwendung finden.

So sind auch die Rückkaufgeschäfte der Pfandleiher nicht als wirkliche Sicherungsübereignungen zu betrachten; denn beide Parteien wollen hier zweifellos, sofern sie überhaupt an die Hingabe eines Darlehens dabei denken, den Kaufpreis gegen dasselbe aufgerechnet wissen und wollen durch die Hingabe der Sache keine Sicherung begründen, vielmehr einen Kauf abschließen unter Begründung eines Wiederkaufsrechts innerhalb einer bestimmten Zeit und um einen festgesetzten Preis. Eine Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung liegt nur vor, wie Leist[6]) sagt, wenn der Käufer sich als Gläubiger betrachtet, und das ist hier nicht anzunehmen.

Wenn nun die Gewerbeordnung in § 38 und die Pfandleihgesetze der Deutschen Einzelstaaten (EBGB. Art. 94) diese Geschäfte sogar als Pfandleihgeschäfte behandelt wissen wollen, so hat dies seinen Grund vornehmlich in polizeilichen Schutzmaßregeln gegen Wucher und es vermag dies den tatsächlichen Charakter dieser Rechtsgeschäfte nicht zu ändern.

Wenn aber die Parteien offenkundig eine Sicherungsübereignung beabsichtigen und dabei nur eben den Vertrag einen Kauf nennen oder sonstwie das Wort „kaufen" dabei verwenden, weil sie es eben nicht besser wissen, oder weil ihnen etwa ein Kauf als eine natürliche Grundlage zur Herbeiführung des gewünschten Eigentumsübergangs erscheint, so kann eine solche mehr oder weniger falsche Vertragsbenennung — über die Aufrechnung pflegen sie sich überhaupt gewöhnlich auszuschweigen — für die Parteien keine weiteren rechtlichen Folgen haben; das ganze Verhältnis ist vielmehr als ein solches einer reinen Sicherungsübereignung aufzufassen und die zu sichernde Forderung als fortbestehend zu betrachten. So sagt auch das Reichsgericht, man könne an der Ernstlichkeit der Aufrechnung zweifeln, aber die Ernstlichkeit der Veräußerung selbst werde dadurch nicht berührt. LZ. 1908 S. 101.

---

6) Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889. S. 103.

Im Fall der unbedingten Eigentumsübertragung pflegt man die Sicherungsübereignung eine fiduziarische zu nennen, weil bei ihr das wesentliche am fiduziarischen Rechtsgeschäft gleichfalls in die Erscheinung tritt: Das Mittel der unbedingten Eigentumsübertragung steht zu dem damit verfolgten Zweck der Sicherung in keinem richtigen Verhältnis, der Schuldner muß in Wirklichkeit mit seiner Eigentumsübertragung viel mehr leisten, als der Gläubiger braucht, um sicher gestellt zu sein.

Eine zweite Art der Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken ist die bedingte, und zwar entweder ist der Eigentumsübergang auf den Gläubiger abhängig gemacht von der Nichterfüllung der gesicherten Schuld bis zu einem bestimmten Termin — ein Fall der aufschiebenden Bedingung — oder aber die Eigentumsrückübertragung auf den Schuldner ist abhängig gemacht von der Erfüllung der Schuld, also auflösend bedingt durch Zahlung der Forderung seitens des Schuldners. Dabei bedeutet erstere im Gegensatz zu letzterer überhaupt nur eine obligatorische Sicherung und bietet darum dem Gläubiger nicht den erwünschten und genügenden Schutz.

Diese letztere Art, die bedingte Sicherungsübereignung, scheint jedoch in der Praxis so gut wie keine Rolle zu spielen und man kann sagen, wenn man von der Sicherungsübereignung überhaupt spricht, so hat man dabei immer die fiduziarische im Auge und so soll auch im folgenden nur von ihr die Rede sein.

Eine besondere Schwierigkeit bildet bei den Sicherungsübereignungsverträgen zuweilen die Formulierung des constitutum possessorium.

Wie wir schon gesehen haben, war es eben die wirtschaftliche Notwendigkeit ein Institut zu haben, das dem Schuldner es ermöglichte, unter Aufrechterhaltung seines Besitzes seine bewegliche Habe zu Kreditzwecken auszunützen, was den Anstoß zur Schaffung der Sicherungsübereignungen überhaupt gab. Dies ermöglicht der § 930 BGB., das sog. constitutum possessorium, wodurch das Eigentum auch ohne den Besitz übertragen werden kann; gewöhnlich wird dann in einer Nebenbestimmung das Rechtsverhältnis der Miete oder der Leihe zu Grunde gelegt.

Nicht immer jedoch liegt das Verhältnis so sehr einfach. Hierüber wird des Näheren noch weiter unten in einem besonderen Abschnitt die Rede sein.

§ 3. Zweck und Folgen der Sicherungsübereignung.

Nähere gesetzliche Bestimmungen für die Sicherungsübereignungen bestehen nicht. Allgemeine Gesichtspunkte wie der Zweck, den sie verfolgen sollen, Interessenabwägungen zwischen sämtlichen Beteiligten, die Art und Weise des Vertragsabschlusses müssen für ihre Beurteilung maßgebend sein.

Wie schon eingangs (in § 1) erwähnt ist, sind die Sicherungsübereignungen im Rechtsleben entstanden, um einem Gläubiger für seine Forderungen an beweglichen Sachen des Schuldners, an denen nach dem Gesetz nur eine Faustpfandsicherung möglich ist, auf anderem Wege als dem des Pfandrechts eine Sicherung zu verschaffen; *erreichen* will der Gläubiger aber dadurch in seinem Endzwecke nicht mehr und nicht weniger als er auch durch die Bestellung eines Pfandrechts an diesen Sachen erreichen würde: er will ein dingliches Befriedigungsrecht durch Einräumung des Eigentums an Sachen des Schuldners erwerben für den Fall, daß letzterer mit seiner Schuld in Verzug gerät. In ihrem Endzwecke sind also Pfandbestellung und Sicherungsübereignung einander gleichzustellen.

Dieser Sicherungszweck zeitigt eine Reihe von Folgen[7]), die hauptsächlich in einer Beschränkung des Eigentumsrechts des Gläubigers in Beziehung auf die übereigneten Sachen gipfeln:

So darf der Gläubiger, solange sein Befriedigungsanspruch nicht reif geworden ist, die übereigneten Sachen nicht für sich verwerten, sie insbesondere nicht an Dritte veräußern, sie nicht verschenken, sie nicht mit dinglichen Rechten belasten, denn nur zu seiner *Befriedigung* soll ihm dieses Eigentum dienen. Sobald und solange der Schuldner berechtigt ist, seine Schuld zu tilgen, muß der Gläubiger, wenn dies

---

7) Ausführlich behandelt die einzelnen Folgen in einer Reihe von Aufsätzen: Hallbauer, Aphorismen aus dem Gebiet der Sicherheitsübereignung im Sächsischen Archiv für Rechtspflege 1907.

geschehen ist, das Eigentum auf den Schuldner zurückübertragen[8]), denn es fällt dann mit der Schuld der Sicherungszweck weg. Hat der Gläubiger unter Vereinbarung eines Miet-, Leih- oder ähnlichen Verhältnisses den Schuldner im Besitz der übereigneten Sachen belassen, so kann er dieses zu Grunde liegende Verhältnis nicht auf einen früheren Zeitpunkt kündigen, als er die gesicherte Schuld zu kündigen berechtigt ist und tatsächlich auch kündigt; denn in einem solchen Fall geht seine Verpflichtung dahin, den Schuldner im Besitz der übereigneten Sachen zu belassen, solange er nicht gezwungen ist, in ihnen seine Befriedigung zu suchen; vorausgesetzt, daß die Parteien nichts anderes vereinbart haben[9]).

Da die Eigentumsübertragung aber nur eine Forderung sicherzustellen hat, ist der Gläubiger auch verpflichtet, das Eigentum auf den Schuldner zurückzuübertragen, wenn die Forderung weggefallen ist und der Gläubiger aus irgend einem Grund seinen Anspruch daraus nicht mehr geltend machen kann, ausgenommen den einen Fall der Verjährung des Anspruchs, für den der § 223 Abs. II BGB. das Gegenteil ausdrücklich bestimmt, so daß also der Schuldner hier die Rückübereignung nur beanspruchen kann, wenn er sich zur Tilgung der Schuld erbietet[10]).

Aber abgesehen von diesem einen, letzteren Ausnahmefall, der in analoger Weise auch für das Pfandrecht festgesetzt ist, hat die Eigentumsübertragung hier im Verhältnis zur Forderung durchweg akzessorische Bedeutung mit fiduziarischem Charakter — nur aus diesem Gesichtspunkt läßt sich erklären, daß der Gläubiger beide Rechte: Forderung und Eigentum hat. Denn daß der Gläubiger auch seinen Anspruch aus der Forderung behält, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 223 Abs. II BGB., der eine Verjährung dieses Anspruchs in Aussicht nimmt.

Aber eben, weil dem Gläubiger auch das Eigentum neben seiner Forderung zusteht, besitzt er neben den Pflichten, die sich aus dem Sicherungszweck ergeben, auch eine Reihe von Rechten. So ist ins-

8) Ebenso Lilienthal, a. a. O.
9) Ebenso Hallbauer a. a. O. S. 176.
10) Hallbauer a. a. O. S. 457.

besondere er, und nur er, befugt, die dinglichen Rechtsbehelfe, wie vor allem die Eigentumsklage, auszuüben[11]). Im Konkurs des Schuldners steht dem Gläubiger ein Aussonderungsanspruch an den übereigneten Sachen zu[12]). Dingliche Verfügungen über die Sachen seitens des Gläubigers sind Dritten gegenüber unter allen Umständen voll wirksam: ein Käufer oder ein Beschenkter erhalten das Eigentum; dem Schuldner stehen in diesen Fällen nur obligatorische Ersatzansprüche gegen den Gläubiger, eventuell auch aus § 826 BGB. gegen den Dritten, zu.

Endlich kann bei der Sicherungsübereignung die Gefahrtragung nicht, wie es normalerweise der Fall sein müßte, mit der Übergabe, bzw. dem Übergabeersatz, auf den Eigentümer-Gläubiger übergehen, wenn ungerechte Folgen vermieden werden sollen. Billigerweise ist vielmehr zu unterstellen, daß zufälligen Untergang oder Beschädigung der übereigneten Sachen der Schuldner tragen und daß er in einem solchen Fall zur Beschaffung neuer Sicherungsobjekte für den Gläubiger verpflichtet sein soll[13]). Würde man die Gefahrtragung anders regeln, so käme man zu der unmöglichen Folgerung, daß der Gläubiger, den sein Schuldner nach dem Untergang der Sicherungsgegenstände für die gesicherte Forderung befriedigt, auf Verlangen des Schuldners für die untergegangenen Gegenstände Ersatz zu leisten hätte[14]) — statt einer Sicherung hätte dieser Gläubiger die Gefahr einer Verlusttragung.

Schließlich ist noch wichtig die Art und Weise der Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers aus den übereigneten Sachen, wenn die gesicherte Forderung fällig geworden und der Schuldner in Verzug gekommen ist.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte sich bis jetzt mit diesen Fragen speziell noch nicht zu beschäftigen, wohl aber ist hier von Bedeutung die Entscheidung in Band 73 S. 141, in der das Reichsgericht

---

11) Hallbauer a. a. O. S. 170.

12) Hallbauer a. a. O. S. 265.

13) A. A. Hallbauer a. a. O. S. 173.

14) So Walter, Die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen der Sicherungsübereignung im Lichte der Billigkeit, Bonner Dissertation 1912.

davon ausgeht, daß bei der Eigentumsübertragung zur Sicherung volles Eigentum mit den daraus sich ergebenden Folgen übergegangen ist[15]).

Dieser Gedanke, daß das Eigentum, wenn auch fiduziarisch, so doch vollwirksam auf den Gläubiger übertragen ist, muß stets im Vordergrund bleiben.

Manche[16]) meinen, bei der Verwertung der Sachen zur Befriedigung des Gläubigers seien die Bestimmungen aus dem BGB. über den Pfandverkauf in Anwendung zu bringen. Die Anwendung dieser Vorschriften kann allerdings durch den Vertrag unter den Parteien vereinbart sein und muß dann innegehalten werden; liegt eine solche Vereinbarung aber nicht vor, so ginge man zu weit, wenn man sie von den Parteien als gewollt unterstellen würde; die Anwendung dieser Vorschriften aber vollends als gesetzliches Erfordernis unter Analogieschlüssen aufzustellen, fehlen zwingende Gründe. Der Gläubiger, dem Sachen zur Sicherheit übereignet sind, hat eben mehr Rechte, als der, dem Sachen nur verpfändet sind, darüber müssen sich die Parteien klar sein, wenn sie einen gültigen Sicherungsübereignungsvertrag abschließen wollen —, schon um dem Simulationseinwand wirksam entgegentreten zu können. Der Gläubiger ist bereits durch den Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrags überhaupt Eigentümer der Sicherungsgegenstände geworden, mehr Rechte kann und braucht der Gläubiger an diesen Gegenständen nicht mehr zu erhalten; wenn der Zeitpunkt gekommen ist, da der Gläubiger an diesen Gegenständen seine Befriedigung suchen darf und sie auch suchen zu wollen erklärt, dann wird er frei von den bisher im Verhältnis zum Schuldner bestehenden obligatorischen Einschränkungen hinsichtlich seines Eigentumsrechts, die, wie wir gesehen haben, Folgen des Sicherungszwecks sind. Aber noch wird er nicht ganz frei — diese Folgen des Sicherungszwecks erstrecken sich noch immer weiter. Der Gläubiger hat ja die Gegenstände übereignet erhalten, damit sie ihm eine Sicherung *für seine Forde-*

---

15) Das RG. stellt in dieser Entscheidung fest, daß der Eigentumsübergang bei der Sicherungsübereignung das Ruhen der Versicherung gegen Feuersgefahr herbeizuführen vermag.

16) z. B. Düringer-Hachenburg, Das HGB. 1901 S. 549 ff.

rung bilden, das besagt: wenn der Schuldner die Forderung, nachdem sie fällig geworden ist, nicht zu tilgen vermag, soll der Gläubiger sich in Höhe und Umfang seiner Forderung durch den Wert der übereigneten Gegenstände eine Befriedigung verschaffen können; mehr als die Forderung beträgt, soll der Gläubiger aber im Wege dieser Befriedigung nicht erhalten, eine derartige ungerechtfertigte Bereicherung würde der Parteiabsicht zuwiderlaufen — den Mehrwert der übereigneten Sachen im Verhältnis zur Forderung muß der Gläubiger dem Schuldner ersetzen[17]); das ist die letzte Folge des der Übereignung zu Grunde liegenden Sicherungszwecks.

Die Art und Weise der Verwertung, die zur Befriedigung des Gläubigers führen soll, bleibt, wenn nichts besonderes vereinbart ist, dem Gläubiger-Eigentümer überlassen; er kann die Sachen selbst übernehmen und das Eigentum behalten oder sie an Dritte veräußern.

Wegen der gläubigerischen Rückerstattungspflicht des Mehrwerts hat aber der Schuldner ein großes Interesse an einer billigen Feststellung des wirklichen Werts der übereigneten Gegenstände.

Der Gläubiger muß daher bei der Verwertung der Gegenstände unter Berücksichtigung der allgemeinen Regeln von Treu und Glauben und unter Betätigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nach Art eines umsichtigen, gewissenhaften Mannes handeln und die Interessen des Schuldners dabei soweit berücksichtigen, als sich dies mit seinen eigenen Interessen verträgt[18]).

Wenn der Gläubiger sicher gehen will, wird er deshalb die Sachen nur dann selbst übernehmen, wenn sich eine Vereinbarung bezüglich des Übernahmepreises mit dem Schuldner herbeiführen läßt und auch eine

---

17) Ebenso Lilienthal a. a. O. und Hallbauer a. a. O. S. 75 ff.

18) So Hallbauer a. a. O. S. 75. Dazu bemerkt Düringer, zur Lehre vom Sicherungskauf in LZ. 1908 S. 37: Das gewissenhafte Ermessen werde notwendig dazu führen, die Sachen zur öffentlichen Versteigerung zu bringen, so oft der Schuldner sich nicht mit einer andern Art der Verwertung einverstanden erkläre. Das ist richtig; der Schuldner wird aber sehr oft sein Einverständnis zu einer andern Verwertungsart geben, da ein Verkauf aus freier Hand in vielen Fällen bezüglich des Erlöses zu günstigeren Resultaten führen wird als eine Versteigerung.

freihändige Veräußerung an Dritte wird er am besten nur vornehmen, wenn der Schuldner die Höhe des Angebots des Kaufliebhabers billigt.

Wenn der Gläubiger endlich, nachdem sich der Schuldner auf nichts anderes eingelassen hat, die Sachen im Weg der öffentlichen Versteigerung veräußern läßt, so wird man sagen müssen, daß er alles getan, um sich keine Pflichtenvernachlässigung gegen seinen Schuldner zu schulden kommen zu lassen.

Im Verhältnis zum Schuldner hat aber die Verwertungsveräußerung seitens des Gläubigers, der erklärt hat, seine Befriedigung in den übereigneten Sachen suchen zu wollen, keine andere Bedeutung als die einer Wertsfeststellung; wenn der Gläubiger, der auf Kredit verkauft hat, von dem Käufer die für das Verhältnis zum Schuldner zu Grunde gelegte Kaufsumme nicht erhält, so berührt dies den Schuldner nicht;[19]) die Gefahr eines perfekt gewordenen Kaufs trägt er nimmer, er kann vom Gläubiger dennoch den festgestellten Mehrwert verlangen und von seiner Schuld ist er in dem Zeitpunkt frei geworden, da der Schuldner ihm gegenüber berechtigterweise erklärt hat, daß er sein Eigentumsrecht zu seiner Befriedigung verwerte. Einmal muß die Gefahr auf den Eigentümer-Gläubiger übergehen und es erscheint billig, den vorerwähnten Zeitpunkt als den des Gefahrübergangs zu betrachten. Von jenem Zeitpunkt ab ist der Schuldner auch nicht mehr berechtigt, Rückübereignung gegen Zahlung der Schuld zu fordern, denn die Schuld besteht nicht mehr; vernünftigerweise wird freilich der Gläubiger ein derartiges Angebot seitens des Schuldners annehmen.

§ 4. Die rechtlichen Bedenken gegenüber der Sicherungsübereignung.

Aus dem § 223 Abs. II BGB. ist zu entnehmen, daß an sich zur Sicherung eines Anspruches sehr wohl ein Recht übertragen werden kann. Dieser Satz bildet die sicherste Grundlage für die Möglichkeit einer Forderungssicherung durch Eigentumsübertragung. Ein anderes ist die Frage, ob nicht gerade der typischen Form unserer Sicherungsübereignungs-

19) A. A. Hallbauer S. 77.

verträge rechtliche Bedenken entgegenstehen. Und eben letzteres ist in einem weiten Umfang der Fall.

Besonders dreierlei Gründe sind es, die gegen ihre rechtliche Zulässigkeit ins Feld geführt werden: einmal, so sagte man besonders in der alten Rechtsprechung, seien sämtliche Sicherungsübereignungsverträge simuliert und deshalb als nichtig zu betrachten, zweitens soll auf sie das Verbot der lex commissoria seine Anwendung finden, und endlich sollen diese Geschäfte, soweit sie unter Besitzbelassung beim Schuldner abgeschlossen sind, dem sog. Verbot der Mobiliarhypothek unterfallen.

Diese verschiedenen Einwendungen sollen in den nächsten Abschnitten eingehend besprochen werden; doch sei vorausgeschickt: die Entscheidung mag ausfallen wie sie will, — für oder wider die Sicherungsübereignungen: aus der Welt lassen sich diese nicht mehr schaffen; sie sind zum mindesten ein Institut des Gewohnheitsrechts geworden und verlangen als solches die schuldige Anerkennung; vor allem aber ergibt sich aus § 223 II BGB. mit Sicherheit, wie schon erwähnt, daß dem BGB. eine Sicherungsübereignung bekannt und nicht von ihm verboten ist; ob sie sich freilich auch in die Form des constitutum possessorium kleiden kann, ist damit nicht gesagt.

Neuerdings hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts[20]) auf einem andern Weg die nachteiligen Folgen der Sicherungsübereignungen für nicht eingeweihte Dritte unschädlich gemacht. Eine Gesellschaft hatte sich allmählich das gesamte Lager eines Kaufmanns, die vorhandenen, wie die zugekauften Bestände übereignen lassen und hatte auch durch sonstige Manipulationen das Geschäft ganz in ihre Hände gebracht, so daß der bisherige selbständige Geschäftsinhaber in die Stellung eines durchaus abhängigen Geschäftsführers zurückgedrängt wurde, während er nach außen auch weiterhin als verfügungsberechtigter Geschäftsherr auftrat und als solcher Kreditgeschäfte mit Dritten abschloß. Darin nun, daß die Gesellschaft und der bisherige Geschäftsinhaber, welche in einer Weise Sicherungsübereignungen vorgenommen hatten, daß dadurch letzterer sich des Geschäftsvermögens förmlich begeben hatte, diese Tatsache dem Dritten, der

20) Jur. Wochenschrift 1911 S. 650 ff.

weiteren Kredit gewährte, nicht kund taten, sondern im Gegenteil noch Verschleierungshandlungen vornahmen, darin sieht das Reichsgericht einen Verstoß gegen die guten Sitten, und erklärt deshalb die Gesellschaft dem Dritten gegenüber für schadensersatzpflichtig.

Es wäre nun aber falsch, zu sagen, die Rechtsprechung wende sich neuerdings gegen das Institut der Sicherungsübereignung überhaupt — im Gegenteil stellt das Reichsgericht ausdrücklich fest, „man dürfe in der Annahme einer durch Treu und Glauben im Handelsverkehr bedingten Offenbarungspflicht nicht so weit gehen, daß der kreditsuchende Kaufmann dem Dritten ungefragt jede von der Norm abweichende Gestaltung seiner Vermögensverhältnisse, wie etwa eine vorgenommene Sicherungsübereignung, kundgeben müsse." Im vorliegenden handelte es sich eben um einen ganz besonders weit ausgedehnten Fall der Sicherungsübereignung, dessen Unwirksamkeit auf Normalfälle nicht ausgedehnt werden kann.

§ 5. Die Simulation bei der Sicherungsübereignung.

Anfangs hatte es den Anschein, als wolle die Rechtsprechung des Reichsgerichts die fiduziarischen Geschäfte und damit auch die Sicherungsübereignungen als simulierte und deshalb nichtige Rechtsgeschäfte behandeln. Im Band 2 der Entscheidungen ist ausgeführt, daß die Parteien bei der Sicherungsübereignung nicht eine wirkliche Eigentumsübertragung wollen, sondern daß darin nur eine verschleierte Verpfändung zu erblicken sei und das Reichsgericht erklärte daher die Eigentumsübertragung, als nicht gewollt, für unwirksam und ließ dasselbe für das verdeckte Rechtsgeschäft der Verpfändung gelten, weil dieses zufolge des vorliegenden constitutum possessorium den Voraussetzungen einer Verpfändung nicht genüge.

Doch ist auch das Reichsgericht von diesem Weg bald wieder abgegangen, nachdem besonders die Theorie den zwischen simuliertem und fiduziarischem Rechtsgeschäft tatsächlich bestehenden Unterschied in scharfen Umrissen festgelegt hat.

Während nämlich die Parteien beim rein simulierten Geschäft den in dem Rechtsgeschäft zum Ausdruck gebrachten Rechtserfolg von Anfang an nicht wollen, — sei es nun, daß sie überhaupt keine rechtliche Wirkung

herbeiführen wollen, sei es, daß sie nicht das im Vertrag Erklärte, sondern eine eben dadurch verdeckte Wirkung anstreben, — geht ihr Wille beim fiduziarischen Rechtsgeschäft dahin, den freilich über das zur Erreichung des angestrebten Ziels wirtschaftlich hinausgehenden Effekt, zunächst doch sicherlich, herbeizuführen, wenn auch später nach Erfüllung gewisser Voraussetzungen sein Wegfall wieder in Aussicht genommen ist.

So kann auch bei der Sicherungsübereignung zunächst kein Zweifel bestehen, daß der Eigentumsübergang von beiden Seiten gewollt ist und daß erst für den Fall, daß der Zweck der Sicherung nicht mehr angestrebt zu werden braucht, das Eigentum wieder zurückübertragen werden soll.

Möglich ist eine Simulation natürlich stets auch hier; dieser Punkt bildet eben eine Tatfrage.

Insbesondere ist es für einen von seinen Gläubigern bedrängten Schuldner ein sonderlich verführerischer Gedanke durch den simulierten Abschluß eines Sicherungsübereignungsvertrags mit einer dritten Person dieser seine Mobilien zu übertragen und dieselben so dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Aber hiegegen ist gerade durch die Möglichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit eines derartigen Rechtsgeschäfts ein genügender Schutz gegeben.

§ 6. Die lex commissoria und die Sicherungsübereignungen.

Das BGB. hat in § 1229 eine dem gemeinrechtlichen Verbot der lex commissoria entsprechende Bestimmung für das Pfandrecht aufgenommen. Dieser Paragraph sagt: „Eine vor dem Eintritt der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig."

Bei der Frage nach der Bedeutung dieser Bestimmung folgen die meisten Schriftsteller in der Beantwortung der Definition Dernburgs, der darin ein Verbot jener pönalen Klausel erblickt, die dem Gläubiger die Möglichkeit einer Wahl dahingehend einräumt, daß er für den Fall, da der Schuldner säumig in der Zahlung der durch das Pfand gesicherten

Forderung ist, das Pfand als verfallen annimmt und die etwa schon bezahlten Raten der Schuldsumme dabei zurückbehält, oder aber seine Forderung weiterhin geltend macht.

Betrachtet man das Verbot unter diesem, dem Dernburgschen, Gesichtspunkt und liest man dazu den Wortlaut des Gesetzes über das Verbot der lex commissoria, so erscheint einem solches zunächst als auf rein pfandrechtliche Verhältnisse zugeschnitten und bei der Sicherungsübereignung, vor allem der fiduziarischen, nicht anwendbar. Denn hier hat ja der Gläubiger eben keine Möglichkeit einer Wahl, weil das Eigentum, wenn keine Simulation vorliegen soll, doch gerade sofort auf den Gläubiger übergeht und nicht erst im Fall einer Säumnis des Schuldners.

Allein wir haben es hier mit einer Vorschrift[21]) zu tun, die weitere wirtschaftliche Ziele verfolgt und bei der deshalb unter Umständen wohl eine Ausdehnung auf ähnlich gelagerte Fälle in Betracht kommen könnte. Wir müssen also eine Untersuchung darüber vornehmen, ob der, zu dem Verbot den Anlaß gebende, Grund auch im Fall der Sicherungsübereignung vorliegt.

Der Zweck des Verbots der lex commissoria ist, zu verhindern, daß die zum Schuldnerschutz erlassenen Vorschriften über den Pfandverkauf nicht durch derartige Abmachungen, wie sie in der lex commissoria enthalten sind, im Voraus vor Verfall der Schuld umgangen und vereitelt werden.

Die Gründe nun, die dazu geführt haben, waren für das gemeine, bezw. für das römische Recht verschiedene: einerseits sollte damit den Gläubigern die Möglichkeit genommen werden, unter dem Deckmantel einer Verpfändung, unter Hinzufügung der lex commissoria, wucherische Geschäfte zu betreiben, eine Möglichkeit, die sehr nahe liegt, weil die verpfändete Sache oft, oder man wird wohl sagen können, meist einen nicht unbedeutend höheren Wert in sich verkörpert als die Schuld, zu

21) Vgl. Nathan, Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zweck der Sicherung von Forderungen. Stuttgart 1909.

deren Sicherung sie übergeben wurde. Andererseits handelte es sich um Beseitigung einer besonders großen Gefahr für den Schuldner, die darin besteht, daß derselbe, weil er sich gerade in einer Notlage befindet, um nun für den Augenblick Geld zu erlangen, in dieser seiner Not allzuleicht sich bewegen läßt, dem Gläubiger derartig weitgehende Rechte, wie sie auch in einem eventuellen Eigentumsübergang erst in der Zukunft liegen, kurzerhand einzuräumen, einzig und allein der augenblicklichen Besserung seiner Verhältnisse wegen und in der Hoffnung auf spätere geschäftliche Erfolge und der darin liegenden Möglichkeit, den tatsächlichen Eintritt jener schlimmen Rechtsfolgen in der Zukunft abzuwenden.

Der erstere Grund, wonach die Gelegenheit für Wuchergeschäfte beseitigt werden soll, konnte bei der Aufnahme des § 1229 ins BGB. nicht mehr in Betracht kommen, da in diesem Gesetz ein allgemeiner und deshalb ausreichender Schutz vor Wucher überhaupt vorhanden ist. Anders verhält es sich mit dem zweiten Grund; er ist sehr wohl bestehen geblieben und auch für die heutige Gesetzgebung bestimmend geworden; solches ergibt sich vor allem aus der Formulierung des Verbots im § 1229, der besagt, daß eine solche Vereinbarung hinsichtlich des Eigentumsübergangs nur nichtig ist, wenn sie erfolgt *vor* dem Eintritt der Verkaufsberechtigung, also bevor die Schuld ganz oder wenigstens zu einem Teil fällig geworden ist. Wenn einmal der Zeitpunkt der Verkaufsberechtigung gekommen ist, dann besteht freilich für den Schuldner keine Gefahr mehr, daß er sich leichtsinnig seiner Rechte begibt, da ihm jetzt auf der anderen Seite kein Vorteil, auch kein augenblicklicher mehr zum Ausgleich geboten wird.

Es fragt sich nun aber weiterhin, ob in den Sicherungsübereignungen die Bedingungen für den vorliegenden Grund ebenfalls gegeben sind. Wir werden bezüglich dieser Frage zu einer Verneinung gelangen, da eine Gefahr für den Schuldner nicht in der gleichen Weise besteht.

Bei der Sicherungsübereignung kommt ja eben nicht, wie es bei der Verpfändung der Fall sein würde, eine eventuell erst in der Zukunft zu vollziehende Übereignung in Betracht, sondern das Eigentum an den Sicherungsgegenständen muß sofort übertragen werden, — ein Erfolg, über

den sich die Parteien völlig im Klaren sein und den sie auch wollen müssen, wenn nicht der ganze Vertrag der Nichtigkeit wegen Simulation unterliegen soll. Freilich muß man dabei in Betracht ziehen, daß dem Schuldner diese sofortige Rechtsverwirklichung wirtschaftlich deswegen nicht so sehr zum Bewußtsein gebracht wird, weil er vermöge des constitutum possessorium im Besitze der übereigneten Sachen bleibt und weiterhin deren Gebrauch und Nutzziehung behält. Dieser Einwand käme dann aber bei jeder Eigentumsübertragung vermittels constitutum possessorium in Betracht und müßte demnach dem Schuldner ein Schutz vor leichtfertigen Übereignungen in allen solchen Fällen zu teil werden, bezw. es hätte dann eben die Möglichkeit einer derartigen Eigentumsübertragung überhaupt untersagt werden müssen. Aber im übrigen muß jeder Schuldner bei der Sicherungsübereignung genau wissen, was es bedeutet, wenn er das Eigentum an seinen Gegenständen auf einen Anderen überträgt und er muß wissen, welcher Rechte er sich damit begibt.

Es ist deshalb zu sagen, daß bei der Sicherungsübereignung, im Gegensatz zur Pfändung, die Grundlagen eines besonderen Schutzbedürfnisses des Schuldners nicht gegeben sind und daß daher das Verbot der lex commissoria aus diesem Grunde hier keine Anwendung zu finden hat.

Zum gleichen Resultat kommen wir aber auch noch auf einem anderen, kürzeren Weg: wie wir gesehen haben, ist der Zweck, den das Verbot der lex commissoria verfolgt, der, zu verhindern, daß die zum Schutz des Schuldners erlassenen Gesetzesvorschriften über den Pfandverkauf nicht durch entsprechende Abmachungen umgangen werden. Gehen wir nun von der oben (§ 3) vertretenen Anschauung aus, daß für die Sicherungsübereignungen die Vorschriften über den Pfandverkauf keine Geltung haben können, so ist zu bedenken, daß mit den Vorschriften selbst natürlich auch das Schutzbedürfnis entfällt und deshalb für die Sicherungsübereignungen das Verbot der lex commissoria bedeutungslos ist.

Auch das BGB. selbst, das ja in § 223 II eine Sicherung durch Übertragung von Rechten, also auch von Eigentum, vorsieht, scheint davon auszugehen, daß die Sicherungsübereignung nicht gegen das Verbot der lex commissoria zu verstoßen braucht.

Und daß letzteres nicht der Fall ist, werden wir endlich auch noch finden, wenn wir die Folgen der Sicherungsübereignung, insbesondere hier das Schicksal der übereigneten Sachen selbst ins Auge fassen und untersuchen, ob damit gegen den Gedanken der lex commissoria verstoßen wird. Der oberste Leitgedanke des Gesetzgebers war der, daß der Schuldner vor Benachteiligungen seitens des Gläubigers geschützt werden müsse, insbesondere vor Benachteiligungen, die darin liegen, daß er in seiner Notlage gezwungen wird, dem Gläubiger mehr zu geben, als ihm billigerweise zukommt. Und das ist eben bei den Sicherungsübereignungen im Endergebnis nie der Fall. Wir haben oben gesehen, daß der Sicherungszweck, der über der Eigentumsübertragung steht, dem Gläubiger nur gestattet, die Sachen zu seiner Befriedigung für die gesicherte Forderung zu verwerten und daß der Gläubiger verpflichtet ist, dem Schuldner einen Mehrwert zurückzuerstatten. Durch diese Verpflichtung werden solche Unbilligkeiten gegenüber dem Schuldner, die zu verhindern, das Verbot der lex commissoria bezweckt, aufgehoben und es bleibt daher bei den Sicherungsübereignungen für dieses Verbot kein Raum.

§ 7. Das Verbot der Mobiliarhypothek in seiner Beziehung zur Sicherungsübereignung.

Es ist nach heutigem Recht nicht möglich, daß eine bewegliche Pfandsache im Besitze des Pfandschuldners verbleibt. Das BGB. bestimmt vielmehr im § 1205, zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, daß dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll. Es gilt also als Grundprinzip für die Verpfändung der beweglichen Sache: Einigung und Übertragung. Eine Übertragung ist nicht erforderlich, wenn der Gläubiger schon im Besitz der Sache ist. § 1205 Abs. I Satz 2. Das ist ganz natürlich. Dann hat aber das Gesetz auch noch in zwei Fällen einen Übergabeersatz zugelassen: Der Pfandschuldner kann, wenn er mittelbarer Besitzer der Pfandsache ist, den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger übertragen und die Verpfändung dem unmittelbaren Besitzer anzeigen;

dies genügt dann zur Pfändung. § 1205, II. Im zweiten Fall, sagt § 1206, genügt an Stelle der Übergabe der Sache die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet, oder, — falls sie im Besitz eines Dritten ist —, wenn die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann.

Nicht aber kennt das Gesetz, wie beim Eigentum, hier beim Pfandrecht ein Verbleibenlassen der Sache im Besitz des Schuldners und gleichzeitige Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, das dem Gläubiger den mittelbaren Besitz verschafft; also es gibt für das Mobiliarpfandrecht kein constitutum possessorium. Das war ja auch, wie wir schon mehrfach gesehen haben, der schuldige Anlaß für die Bildung des Instituts der Sicherungsübereignungen.

Fragen wir nun nach dem Grund dieser Gesetzesbestimmungen, so werden wir mit Nathan[22]) finden: den Anlaß gab weder das Einzelinteresse des Gläubigers, noch das des Schuldners; dieser letztere hätte ja im Gegenteil, wie man aus der großen Zahl der Sicherungsübereignungen mittels constitutum possessorium ersehen kann, das größte Interesse daran, die Sache in seinem Besitz behalten zu dürfen, während andererseits dem Gläubiger, der natürlich nach der Übergabe sich die Aufbewahrung und Instandhaltung der Sachen angelegen lassen sein muß, damit nichts anderes als eine Last aufgebürdet wird. Die Motive müssen demnach anderswo zu suchen sein.

Im römischen Recht und in einem großen Gebiet des gemeinen Rechts gab es eine Mobiliarhypothek. — Dieses Institut hat aber so viel Schaden angerichtet, daß man sich einig war in dem Wunsch nach seiner Beseitigung und diesem Wunsch ist die heutige Gesetzgebung gerecht geworden. Der Schaden, um den es sich hiebei handelt, ist derselbe, den wir auch als den Grundschaden bei den Sicherungsübereignungen kennen gelernt haben und der die Folge der Unerkennbarkeit der Pfändung war, bezw. des Eigentumsübergangs ist: Das ist die Gefährdung der Grundlagen für ein gesundes Kreditwesen.

22) Vergl. hiezu und zu folgendem: Nathan, a. a. O.

Dieser Schaden soll dadurch in seiner Entstehung beseitigt werden, daß man die Verpfändung für Dritte gewissermaßen erkennbar macht, indem man verlangt, daß der Besitz auf den Gläubiger übertragen wird und indem man weiterhin in einer Umkehrung, bezw. Ergänzung, dieses Satzes bestimmt, daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt. BGB. § 1253. Das Gesetz wollte demnach in seiner Formulierung des Pfandrechts die Sicherstellung der dritten Kreditgeber und damit einen Schutz der Verkehrssicherheit überhaupt erreichen, es tritt also für das Interesse der Allgemeinheit ein. Und da nun dieses Interesse auf dem Umweg über die Sicherungsübereignungen genau in derselben Weise verletzt wird, wie es durch eine Mobiliarhypothek der Fall wäre, so kann es, sofern man nicht etwa eine Buchstabenjurisprudenz betreibt, nur als billig erscheinen, wenn man einen für das Pfandrecht ausgesprochenen Satz, der in diesem Sinn Abhilfe schaffen soll, auf die Sicherungsübereignungen ausdehnt, soweit sie unter Besitzbelassung beim Schuldner abgeschlossen werden.

Dagegen wird ausgeführt, warum in dem BGB., das doch zu einer Zeit entstand, da diese Frage längst eine flüssige und umstrittene gewesen ist, nicht ein glattes Verbot bezüglich der Anwendung des constitutum possessorium bei Sicherungsübereignungen ausgesprochen worden sei. Denn es ist im Gegenteil allerdings festzustellen, daß ein in der Kommission für die zweite Lesung gestellter Antrag[23]) zu dem jetzigen § 930 im BGB. hinzuzufügen: „Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherheit wegen einer Forderung verschafft werden soll," nicht angenommen worden ist, obgleich damit die ganze Frage und allerdings auch die Sicherungsübereignungen durch constitutum possessorium aus der Welt geschafft gewesen wären.

Aber aus der Ablehnung eines derartigen Antrags, wie aus der nicht erfolgten Aufstellung eines strikten Verbots im BGB. kann doch ein absoluter Schluß zu Gunsten der Sicherungsübereignungen durch constitutum possessorium noch nicht gezogen werden.

23) Vergl. Düringer in LZ. 1908 S. 97.

Andere [24]) wiederum führen zu Gunsten der Sicherungsübereignungen mittels constitutum possessorium aus, daß das Verbot im § 1205 BGB. ausschließlich für das Pfandrecht gelte und eine analoge Ausdehnung auf erstere nicht möglich sei; und zwar findet sich die Begründung, daß dies aus § 223 II BGB. zu folgern sei, weil das Gesetz sonst die durch diese Stelle belegte Zulässigkeit der Sicherungsübereignung ohne weiteres illusorisch machen würde. Das ist aber nicht richtig, denn es bleibt stets die nicht zu widerlegende Möglichkeit, daß das Gesetz an dieser Stelle nur die Zulässigkeit von Sicherungsübereignungen unter gleichzeitiger Besitzübertragung auf den Gläubiger zu Grunde gelegt hat.

Endlich tritt in der Literatur noch besonders Linkelmann [25]) für die Gesetzmäßigkeit der Sicherungsübereignungen durch constitutum possessorium ein, unter folgenden Ausführungen: zunächst sei zu untersuchen, ob die in den früheren Pfandgesetzen und nunmehr im BGB. § 1205 und 1253 getroffenen Bestimmungen, soweit sie für den Pfandgläubiger das Besitzerfordernis an der Pfandsache aufstellen, als Gebots- oder Verbotsnormen aufzufassen seien.

Seien es Gebotsgesetze, so gäbe es kein wirksames Handeln gegen dieselben und kein Umgehen derselben; denn ein Gebotsgesetz stelle die Voraussetzungen auf, die vorliegen müssen bei einer wirksamen Entstehung von Rechtsverhältnissen; trete also das Gebot nicht in Kraft, indem die darin aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllt werden, so entständen überhaupt keine Rechtsverhältnisse und deshalb komme ein Handeln gegen dasselbe oder ein Umgehen nicht in Betracht.

Aus dem Charakter der diesbezüglichen Bestimmungen der Pfandgesetze — und was für die Pfandgesetze aus der Zeit vor der Entstehung des BGB. galt, gilt auch für dieses selbst, da die Form dieser Bestimmungen die gleiche geblieben ist, — ergebe sich nun klar, daß es sich um Gebotsgesetze handle, also um Normen, welche die Voraussetzungen für die Entstehung des Pfandrechts an beweglichen Sachen festlegen und

24) z. B. Bonenkamp, Die fiduziarische Sicherungsübereignung beweglicher Sachen. Dissertation 1910 S. 46 und Walter a. a. O. S. 53.

25) Vergl. Linkelmann, Archiv für BR. 1893 S. 216 ff.

zwar nur des Pfandrechts und nicht etwa die für die Erreichung des Sicherungszwecks überhaupt notwendigen Voraussetzungen; entnehme man bezüglich dieses letzten Punktes das Gegenteilige aus dem Gesetz, so behaupte man damit eben nichts anderes, als daß ein gesetzgeberisches Motiv die Ausdehnung des Gesetzes über seinen Wortlaut hinaus bedinge. Außerdem fügt er noch hinzu, sei, damit ein zivilrechtliches Verbot vorhanden sei, notwendig, daß die Mißbilligung eines Verhältnisses normgesetzlich ausgesprochen werde, und wenn auch die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium gesetzgeberisch mißbilligt werde, so fehle es doch an dem Nachweis, daß diese Mißbilligung ausdrücklich oder auch nur stillschweigend normgesetzlich zum Ausdruck gebracht wäre.

Und mit der Verneinung des Verbotscharakters der Normen falle ja die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die Norm sowohl, als auch die einer Umgehung derselben überhaupt weg.

Die Ausführungen Linkelmanns klingen aber zu formalistisch und sehr gesucht.

Bei einer unbefangenen Prüfung werden wir vielmehr ganz mit Hellwig[26]) sagen „daß in den diesbezüglichen Gesetzen ein Verbotsgesetz enthalten ist, als dessen Zweck die Gesetzgebung anstrebt, daß der öffentliche Kredit nicht dadurch eine Täuschung erleidet, daß der anscheinend im Besitz zureichenden Vermögens befindliche Schuldner über dieses sein Vermögen schon zugunsten einzelner Gläubiger verfügt hat. Es hat das Gesetz die Sicherheit des Verkehrs höher eingeschätzt als das Kreditbedürfnis der kleinen Leute. Was also das Gesetz nicht will, ist, daß ein Gläubiger das Recht erwirbt, Sachen, die im Besitz des Schuldners verbleiben und dem Anschein nach verfügbares Vermögen desselben bilden, zu seiner Befriedigung vorweg zu nehmen. In diesem Sinne verbietet, d. h. erklärt das Gesetz im öffentlichen Interesse für unwirksam die Verpfändung ohne Besitzübertragung als diejenige Rechtsform, in welcher regelmäßig das gedachte, vom Gesetzgeber mißbilligte Verhältnis verwirk-

26) Hellwig im Archiv für ziv. Praxis Bd. 64, S. 369 ff. und in „Recht und Wirtschaft“ 1911 Bd. 1 S. 27 ff., ferner kommen zum gleichen Resultat: Kohler in den Jahrbüchern für Dogm. Bd. 16 und Bähr, Urteile des Reichsgerichts.

licht wird; und der wesentliche, die rechtliche Bestimmung motivierende Tatbestand ist, daß ein Gläubiger zur Sicherung einer Forderung an Sachen, welche der Schuldner im Gewahrsam behält, ein dadurch nicht erkennbares Vertragspfandrecht begründet."

Die Sicherungsübereignungen wollen aber, wie wir in § 3 gesehen haben, in ihrem Endzweck ganz das gleiche erreichen, was das Pfandrecht, — nur in durchaus anderer Form —, nämlich eine dingliche Sicherung des Gläubigers für seine Forderung an Gegenständen des Schuldners; hinsichtlich dieses Zwecks ist nun Sicherungsübereignung und Pfandrecht gleichzustellen und erstere ist nur als eine Rechtsform für die Geschäfte zu betrachten, die das Gesetz bei der Aufstellung seines Verbots im Auge hatte, und die zu den wirtschaftlichen Resultaten führt, die das Gesetz hat verhüten wollen[27]).

Deshalb verstoßen die Sicherungsübereignungen, sofern sie unter Besitzbelassung beim Schuldner vorgenommen werden, gegen gesetzliche Verbote des BGB. und sind, aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, nichtig.

§ 8. Die Sicherungsübereignung — ein gewohnheitsrechtliches Institut.[28])

Wir haben gefunden, daß die Sicherungsübereignungen, wenn auch nicht gegen das Verbot der lex commissoria, so doch, wenn sie vermittels constitutum possessorium abgeschlossen sind, gegen das der Mobiliarhypothek verstoßen und es bleibt darum noch übrig zu prüfen, ob nicht sonstige Gründe für ihre Anerkennung vorliegen.

Bei den Parteien und in den Prozessen der Amtsgerichte ist der Sicherungsübereignungsvertrag eine alltägliche Erscheinung. Man wird wohl nicht zu viel sagen, wenn man die Annahme ausspricht, daß bei den so häufigen Zwangsvollstreckungs-Interventionsklagen in jedem dritten Fall die gepfändeten Gegenstände einem Gläubiger, der sich zur Intervention veranlaßt sieht, zur Sicherstellung einer Forderung übereignet

27) Vergl. ERG. Bd. 44 S. 112.
28) Vergl. Nathan, a. a. O. S. 49.

sind. Der Laie sieht eben die Sicherungsübereignungen als etwas völlig zu Recht bestehendes an und auch der Richter wird, wenn er mit ihnen zu tun hat, nicht erst lange ihre gesetzliche Zulässigkeit prüfen; er wird vielmehr den Vertrag besonders nur daraufhin ansehen, ob nicht etwa zwecks Begünstigung einzelner Gläubiger oder der Pfändungsvereitelung überhaupt nur ein simuliertes Rechtsgeschäft vorliegt. Aber auch die Rechtsprechung der höchsten Instanz, des Reichsgerichts, ist eine der Sicherungsübereignung durchweg günstige; in vielen Entscheidungen vor und nach dem Inkrafttreten des BGB. hat sich das Reichsgericht mit dieser Frage beschäftigt und in ständiger Rechtsprechung ist die Gültigkeit des Instituts nie verneint worden, mag es sich um die Form der reinen Sicherungsübereignung, mag es sich um den Sicherungskauf gehandelt haben. Das Reichsgericht betrachtet stets nur als das Entscheidende, daß der Wille der Vertragsschließenden wirklich auch auf Uebertragung des Eigentums gerichtet sei und daß dieser Wille unzweideutig zum Ausdruck gebracht werde. Das Reichsgericht[29]) geht sogar soweit, zu erklären, „daß dem § 1205 BGB. nicht die Tragweite beigemessen werden dürfe, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen des Schuldners nur im Wege der Verpfändung nach Maßgabe jener Vorschrift sollte erfolgen dürfen und daß nach dem Willen des Gesetzes jede andere Form pfandrechtlicher Sicherung habe ausgeschlossen sein sollen. Eine derartige Auslegung sei weder nach dem Wortlaut noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geboten."

Und wenn das Reichsgericht neuerdings in einer Entscheidung aus einem Sicherungsübereignungsvertrag auf Grund des § 826 BGB. Schadensersatzansprüche erwachsen läßt, so darf man daraus, weil es sich eben, wie oben ausgeführt, um ganz besondere Umstände dabei handelt, keineswegs den allgemeinen Schluß ziehen, man habe damit die Sicherungsübereignung in ihren Fundamenten erschüttern wollen, — eine solche Absicht lag sicher ferne.

Wenn wir so sehen, wie das Volksbewußtsein und die gesamte Rechtsprechung im Deutschen Reich in dauernder Übung sich über die Gültig-

29) ERG. Bd. 59 S. 146.

keit der Sicherungsübereignung einig sind und dieselbe als völlig zu Recht bestehend erkennen, so werden wir wohl sagen dürfen, daß sich dieses Institut gewohnheitsrechtlich durchgesetzt hat und zwar durchgesetzt, wenn wir das Verbot der Mobiliarhypothek auf dasselbe ausdehnen, gegen Gesetz und gegen manche Auffassung in der Theorie.

§ 9. Das constitutum possessorium und die Sicherungsübereignung.

Zum Eigentumsübergang beweglicher Sachen gehört als grundlegendes Erfordernis, daß sich die Parteien über den Eigentumsübergang einig sind, und daß der seitherige Eigentümer die Sachen dem Erwerber übergibt. Von diesem letzten Erfordernis gibt es verschiedene Ausnahmen, die das Gesetz festgestellt hat; es sind dies die drei Arten des Uebergabeersatzes: die brevi manu traditio des § 929, das constitutum possessorium des § 930, die Abtretung des Herausgabeanspruches des § 931.

Die erste und dritte Art spielen bei den Sicherungsübereignungen keine Rolle; mit der Anwendbarkeit der zweiten, dem constitutum possessorium, auf die Sicherungsübereignungen steht und fällt deren praktische Bedeutung; denn dieser praktische Wert liegt ja in der Möglichkeit eine Einrichtung zu besitzen, vermöge deren man Gegenstände zur Sicherung übereignen kann, während dieselben im Besitz des übereignenden Schuldners verbleiben, welches Ziel eben nur auf dem Weg über das constitutum possessorium erreicht werden kann. Ist den Parteien dagegen an einem Verbleib der Gegenstände im Besitze des Schuldners nichts gelegen, dann ist für sie ja der gesetzliche und sichere Weg der Pfandbestellung gangbar und sie haben kaum einen Grund hievon abzuweichen.

Der das constitutum possessorium regelnde § 930 des B.G.B. besagt „Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.“ Also statt der Übergabe müssen die Parteien ein mittelbares Besitzrechtsverhältnis vereinbaren. Wann sind die Bedingungen für ein solches erfüllt? Über diese Frage belehrt uns der § 868 des

BGB., der lautet: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältnis, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Seitheriger Eigentümer und Erwerber, in unserem Fall Schuldner und Gläubiger, müssen also ihrer Übereignung ein bestimmtes, kausales Verhältnis zu Grunde legen, das den Schuldner dem Gläubiger gegenüber auf bestimmte Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet und der § 868 zählt eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen, die zu diesem Zweck geeignet sind, als Beispiele auf.

Wir werden nun sehen, daß wohl in der größten Anzahl von Fällen der Sicherungsübereignung eines der in dem erwähnten Paragraphen beispielshalber genannten Rechtsverhältnisse geeignet ist, als Grundlage für die den Übergabeersatz bildende Vereinbarung zu dienen — doch nicht immer, es gibt vielmehr Fälle, in denen die Rechtsverhältnisse den Wünschen und Ansprüchen beider Parteien nicht gerecht zu werden vermögen und da gilt es nun ein nach den Worten des Gesetzes genügendes „ähnliches Verhältnis" zu finden, das einerseits den Parteien, andrerseits den Erfordernissen des Gesetzes entspricht. Dazu müssen wir aber diese Erfordernisse kennen und eine Untersuchung über diesen Punkt mag sich im folgenden anschließen. Am sichersten werden wir dabei zu einem Resultat kommen, wenn wir nachprüfen, was das jenen im Gesetz aufgezählten Rechtsverhältnissen Gleichartige und Gemeinsame bildet, das dieselben für den Gesetzgeber als geeignet erscheinen läßt, das mittelbare Besitzverhältnis zu begründen und dadurch den gewollten Rechtserfolg des Übergabeersatzes herbeizuführen.

Die rechtswissenschaftliche Literatur[30]) lehrt darüber, jenes Gemeinsame liege in zwei Voraussetzungen: einmal müsse das Besitzrecht des Mittlers ein vom mittelbaren Besitzer abgeleitetes sein und zweitens sei wesentlich ein gültiger, über kurz oder lang einmal entstehender Herausgabeanspruch, zufolgedessen dem Eigentümer die zum Nießbrauch, zur

30) Vergl. z. B.: Wolff, Sachenrecht S. 16 ff. RG. Kommentar zu § 868 S. 733. Thiesing, Arch. f. Bürg. Recht. Bd. 20 S. 240.

Pacht, zur Miete oder zur Verwahrung überlassene Sache zurückgewährt werde, denn dieser Herausgabeanspruch sei es, der von dem bestimmten Zeitpunkt an wenigstens die Möglichkeit gewähre, die in dem Eigentum ruhenden Machts- und Herrschaftsbefugnisse in der Person des Eigentümers zur Entstehung gelangen zu lassen.

Diese beiden Voraussetzungen werden im allgemeinen als wesentlich zur Begründung des mittelbaren Besitzverhältnisses angesehen; allein diese Zusammenfassung des wesentlichen erscheint hinsichtlich des Herausgabeanspruchs nicht umfassend genug, bzw. als unrichtig, wenn man nachfolgende Betrachtung anstellt.

Halten wir uns einmal das Kommissionsgeschäft des HGB. vor Augen, und zwar das Verkaufskommissionsgeschäft: ein Fabrikant gibt einem Händler oder vielmehr meist einem Handwerker, der neben seinem Handwerk eine offene Verkaufstelle betreibt, Waren in Kommission. Der Fabrikant bleibt zweifellos Eigentümer der übergebenen Sachen, denn er will natürlich kein Eigentum übertragen; der Händler dagegen erlangt den unmittelbaren Besitz an den Waren, denn ein bloßes Besitzdienerverhältnis gem. § 855 BGB. dürfen wir nicht annehmen, da abgesehen von allem andern ein äußerlich erkennbares Abhängigkeitsverhältnis des Händlers vom Fabrikanten normalerweise nicht besteht. Es bleibt also, wenn der Kommittent Eigentümer und der Kommissionär unmittelbarer Besitzer ist, nichts anderes übrig, als hier ein mittelbares Besitzverhältnis als gegeben anzunehmen. Und so geschieht es auch durchweg; man führt allgemein in der Literatur das Kommissionsverhältnis als Beispiel eines solchen ähnlichen Verhältnisses an, das nach § 868 BGB. geeignet ist, das mittelbare Besitzverhältnis zu begründen.

Machen wir nun eine Gegenprobe, indem wir auf dieses Rechtsverhältnis, dem der Kommissionsvertrag zu Grunde liegt, den oben wiedergegebenen Satz anwenden, den die Rechtswissenschaft in den Lehrbüchern und Kommentaren zum BGB. zur Darstellung der wesentlichen Erfordernisse bei dem den Übergabeersatz ermöglichenden Rechtsverhältnis gibt, nämlich daß, neben der Ableitung des Besitzrechts vom mittelbaren Besitzer, dies wesentliche in dem über kurz oder lang einmal zur Ent-

stehung gelangenden, und das Eigentümerrecht verkörpernden Herausgabeanspruch bezüglich der Sache liege, so werden wir sehen, daß dies beim Kommissionsverhältnis eben nicht zutrifft.

Dieser Herausgabeanspruch verwirklicht sich nämlich beim Kommissionsgeschäft, wenn sich alles regelmäßig abwickelt, d. h. wenn die Sachen durch den Kommissionär veräußert werden, niemals. Denn der Zweck, den der Kommittent verfolgt, wenn er ein Kommissionsgeschäft abschließt, ist der, daß nun der Kommissionär die Waren für Rechnung des Kommittenten, wenn auch in eigenem Namen, an dritte Personen veräußert, ein Zweck also, der, wenn er erreicht wird, einer Realisierung des Herausgabeanspruchs durch den Eigentümer, den Kommittenten, geradezu entgegensteht; die Absicht der Parteien beim Vertragsabschluß ist eben darauf gerichtet, daß nie ein Zeitpunkt eintreten soll, an dem der Eigentümer die in Kommission übergebene Sache zurückfordert, weil dies dem Vorteil beider Parteien zuwiderläuft. Hier tritt nun der § 384 des HGB. in die Bresche, welcher bestimmt, daß der Kommissionär verpflichtet sei, dem Kommittenten dasjenige herauszugeben, was er aus der Geschäftsführung erlangt hat: an die Stelle der Sache selbst tritt also ihr wirtschaftliches Surrogat.

Das Kommissionsverhältnis bietet übrigens nicht das einzige Beispiel in dieser Richtung, ganz ähnliche Verhältnisse liegen vielmehr beim mittelbaren Besitz des Ehemanns am eingebrachten Gut der Ehefrau und bei dem des Nießbrauchers am Grundstücksinventar vor, wo sich der Herausgabeanspruch gleichfalls eventuell nur an den Surrogaten verwirklicht.

Endlich ist noch beim Pfandrechtsverhältnis, das nach dem Gesetz mittelbaren Besitz begründen kann, die Herausgabe des Pfands an den mittelbaren Besitzer zuweilen ausgeschlossen, dann nämlich, wenn der Pfandgläubiger aus dem Pfand seine Befriedigung sucht.[31]) Aber auch hier erhält der Eigentümer, also der mittelbare Besitzer einen wirtschaft-

31) Dieser Gesichtspunkt wurde auch schon dafür angeführt, daß das Merkmal des Herausgabeanspruchs überhaupt nicht durchschlägt. Vergl. Pudor in der Jur. Wochenschr. 1905 S. 314.

lichen Ersatz, entweder gemäß § 1225 BGB., indem nun die Forderung, die seither dem Pfandgläubiger zustand, auf ihn übergeht, wenn er selbst nicht Pfandschuldner war, oder indem gemäß § 1247 die Forderung als von ihm berichtigt gilt.

Man muß daher den Herausgabeanspruch in erster Linie von wirtschaftlichen[32]) Gesichtspunkten aus auffassen, weil er sich in rechtlichem und buchstäblichem Sinn nicht immer verwirklichen läßt.

Wir werden also, wenn wir eine ausreichende Definition geben wollen, sagen müssen: der wesentliche Punkt des dem mittelbaren Besitz zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses ist neben der Ableitung des Besitzrechts vom mittelbaren Besitzer die Entstehung eines Herausgabeanspruchs, vermöge dessen dem Eigentümer die Sache *oder ein wirtschaftliches Surrogat* von dem unmittelbaren Besitzer, nachdem dessen Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz zu Ende ist, gewährt wird.

Dieses Ergebnis wird uns später bei der Behandlung der Frage über die Sicherungsübereignung von Warenlagern und ähnlichem von Wert sein.

Das zu Grunde gelegte Rechtsverhältnis kann, wie sich aus der Aufzählung der Beispiele im § 868 BGB. ergibt, ein solches dinglicher oder obligatorischer Natur sein. In ersterer Hinsicht kommen, da das BGB. für die dinglichen Rechte einen numerus clausus aufgestellt hat, natürlich nur die im BGB. erwähnten dinglichen Rechtsverhältnisse in Betracht; anders verhält es sich aber bezüglich der letzteren Art; sie brauchen keineswegs den durch das BGB. geschaffenen Vertragstypen zu unterfallen, das widerspräche vielmehr der durch das BGB. sanktionierten Vertragsfreiheit der Parteien: das Rechtsverhältnis unterliegt also der freien Vereinbarung derselben und braucht nur den allgemeinen Vorschriften über Schuldverhältnisse zu genügen.

Auch diese Frage freilich erlangt erst später bei den schwierigeren Verhältnissen für uns die richtige Bedeutung — denn bei der gewöhn-

32) Vergl. hiezu Kleinrath in LZ. f. HR. 1912 Heft 2, der ausführt: „Entscheidend ist, ob nach der im Leben herrschenden Anschauung der Vermögenswert der Sache dem Veräußerer oder dem Erwerber gehören soll" und dabei auch auf das Wirtschaftliche abstellt.

lichen und häufigsten Art von Sicherungsübereignung, das ist die von Sachen, die in ihrem wirtschaftlichen Bestand — abgesehen von eventuellen Abnützungen durch Gebrauch — erhalten bleiben und die der Schuldner in seinem Besitz behalten soll, liegen die Verhältnisse, soweit sie das constitutum possessorium anlangen, höchst einfach und unbestritten.

Gewöhnlich ist es sogar eines der im § 868 BGB. genannten Rechtsverhältnisse selbst, wie z. B. Miete oder Verwahrung[33]), das die Parteien zum Zwecke des Übergabeersatzes als geeignet vereinbaren. Es pflegt dann häufig der dabei vereinbarte Mietzins oder die Vergütung für die Verwahrung der Höhe der Zinsen des gewährten und nun zu sichernden Darlehens zu entsprechen und auch dieselben zu ersetzen.

Oder aber die Parteien legen ihrer Vereinbarung das zwar im § 868 nicht ebenfalls genannte, aber doch anerkanntermaßen den daselbst aufgezählten Beispielen gleichwertige Rechtsverhältnis der Leihe zu Grunde, und zwar dies besonders dann, wenn die Verzinsung des gesicherten Darlehens selbständig und getrennt erfolgt, während der Gebrauch der zur Sicherheit übereigneten Sachen durch den Schuldner unentgeltlich gewährt werden soll.

In diesen Fällen sind, wie schon gesagt, Zweifel über die rechtswirksame Herbeiführung des Eigentumsübergangs auf dem Weg über das constitutum possessorium ausgeschlossen und es bildet dieser Punkt am wenigsten eine Angriffsseite für die Gegner der Sicherungsübereignung.

§ 10. Die Sicherungsübereignung von Warenlagern und ähnlichen Sachinbegriffen.[34])

Es gehen die Parteien immer weiter, es genügt ihnen nicht mehr, einzelne Gegenstände oder wenigstens in dem Bestand gleichbleibende Inbegriffe, wie Einrichtungs- und Betriebsgegenstände zur Sicherheit zu

33) Eine solche wird allerdings weniger in Betracht kommen, da sie mehr im Interesse des Gläubigers, der selbst keine geeignete Gelegenheit zur Aufbewahrung hat, gelegen wäre.

34) Vergl. hiezu insbesondere die neuesten Erscheinungen: Gutachten der Berliner Ältesten der Kaufmannschaft, veröffentlicht in der Leipz. Z. f. HR. 1912 Heft 2., Kleinrath in Leipz. Z. f. HR. 1912 Heft 2., Zeiler in der Z. d. D. Not. Ver. 1912 S. 65 ff.

übereignen, sie benützen allmählich vielmehr ganz andere Mittel: vor allem sind es ganze Warenlager, die jetzt so übereignet werden.

Wirtschaftlich wird man sagen müssen, wenn der Handwerker sein Handwerkszeug und wenn der Kaufmann sein Warenlager zur Sicherheit übereignet, so bedeutet das für sie beide im Effekt das gleiche; sie übereignen eben ihr „Handwerkszeug", allein im ersten Fall handelt es sich gewöhnlich um geringe Werte und im zweiten um bedeutende Summen. Die Sicherungsübereignungen von Warenlagern, das sind meist die „großen Geschäfte", die in dieser Kategorie von Verträgen gemacht werden und sie sind es hauptsächlich, die jene großen Schäden, die wir eingangs besprochen haben, wie Kreditgefährdung und Verkehrsunsicherheit heraufbeschworen haben und bei so vielen, die darunter zu leiden haben, den Wunsch nach einer Änderung der bestehenden Zustände wachrufen.

Allein aus der wirtschaftlichen Verdammnis folgt noch nicht die rechtliche. In letzterer, in rechtlicher Hinsicht gilt zunächst was für Sicherungsübereignungen an einzelnen oder in ihrem Bestand sich erhaltenden Gegenständen — nennen wir sie der Kürze halber die gewöhnlichen Sicherungsübereignungen — auch gilt: die gleichen Für und Wider, die gleichen Voraussetzungen und Folgen. Jedoch in einem Punkt stellen sich besondere und neue Zweifel und Schwierigkeiten ein: bei der Frage des Übergabeersatzes durch das constitutum possessorium. Die Hauptschwierigkeit liegt darin, daß die einzelnen in dem Waren- oder sonstigen Lager enthaltenen Gegenstände einem stetigen Wechsel unterliegen, daß die einen ständig durch andere ersetzt werden und daß es dadurch erschwert ist, einen Herausgabeanspruch zu begründen — in dieser Richtung werden uns aber die im vorigen Paragraphen gefundenen Resultate zugute kommen.

Machen wir einmal bezüglich ihrer Tauglichkeit als Grundlage des Übergabeersatzes zu dienen bei den im § 868 BGB. als Beispiel aufgezählten Rechtsverhältnissen eine Prüfung.

Wir haben gesehen, daß bei der gewöhnlichen Sicherungsübereignung meist das Rechtsverhältnis der Miete oder das ihm in dieser Hinsicht gleichzustellende der Leihe als Grundlage verwendet wird und sowohl den

allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen völlig entspricht, wie auch den Parteien ganz zweckdienlich erscheint. Anders ist dies in unserem Fall.

Es ist mit den Grundsätzen der Miete unvereinbar, daß der Mieter das Recht erhalten soll, die Mietssache zu veräußern; ein solch weitgehendes Recht kann in der bloßen Gebrauchsgestattung, die das BGB. dem Vermieter als wesentliche Verpflichtung auferlegt, nie enthalten sein. Gleiches oder ähnliches ist von der Leihe zu sagen. Anders verhielte sich die Sachlage nur dann, wenn das heutige Recht die Sachgesamtheit als Gegenstand von Leihe- oder Mietverträgen gesetzlich anerkennen würde. Da dies nun aber nicht der Fall, brauchen wir uns auf eine solche Frage weiter gar nicht einzulassen. Legen also die Parteien ihrer Vereinbarung beim constitutum possessorium zur Sicherungsübereignung von Warenlagern die Miete oder die Leihe zu Grunde — und dies ist in der Praxis, wenn Laien den Vertrag abschließen, nicht einmal eine Seltenheit — dann ist der ganze Vertrag als nichtig zu betrachten, denn eine Miete, Leihe oder Verwahrung liegt, wenn es auch die Parteien so benennen, in Wirklichkeit nicht vor und es fehlt also das nach § 868 BGB. erforderliche Rechtsverhältnis und bei der Verworrenheit, die in einem derartigen Fall unter den Parteien herrschen muß, sowie bei einem noch dazu kommenden Mangel jeglicher in Einzelheiten sich ergehenden Bestimmungen über diesen Punkt, ist das Vorliegen eines dem Parteiwillen entsprechenden und den Voraussetzungen des § 868 sonst genügenden Rechtsverhältnisses nicht anzunehmen.

In dieser Richtung werden also wohl viele der abgeschlossenen Sicherungsübereignungsverträge von Warenlagern tatsächlich nichtige sein und im Falle eines Rechtsstreits als solche erkannt werden: in diesen Bahnen bewegt sich wenigstens die oberste Rechtsprechung [35]).

Die Parteien schließen in der Praxis meist irgend einen Hauptvertrag und treffen dabei eingehende Nebenverabredungen, die in ihrem Endziel nichts anderes bezwecken, als die Gewährung einer freien Verfügungsmöglichkeit über die Waren für den Schuldner und dabei doch eine genügende Sicherung für den Gläubiger.

---

35) Vgl. ERG. in DJZ. 1903 S. 153.

Es mag im folgenden einmal das Beispiel eines solchen Vertrags aus der Praxis im einzelnen gegeben werden: eine Bierbrauerei überträgt ihrem Gläubiger zur Sicherung für dessen Forderungen das Eigentum an ihren Biervorräten, die in einem ganz genau bestimmten Keller liegen, und zwar in einer Minimalmenge von — sagen wir, mindestens 1000 hl. Die Brauerei verpflichtet sich, die Biervorräte daselbst unentgeltlich zu verwahren und den unmittelbaren Besitz für ihren Gläubiger auszuüben. Die Brauerei ist berechtigt und verpflichtet, die an den Biervorräten erforderlichen Manipulationen vorzunehmen. Sie erhält weiter die Befugnis, schankreifes Bier aus jenen Vorräten entsprechend den Bedürfnissen ihres Betriebs zu entnehmen, übernimmt dagegen die Verpflichtung, den Inhalt der Fässer, in denen die übereigneten Mengen aufbewahrt werden, stets zu ergänzen und unter allen Umständen in diesen einen Mindestvorrat von 1000 hl aufrechtzuerhalten. Die Brauerei verpflichtet sich weiter, allwöchentlich die Nachfüllung ihrer Fässer ihrem Gläubiger anzuzeigen und mit dieser Anzeige das Eigentum an der Neufüllung auf den Gläubiger zu übertragen und dieser nimmt die Übertragung damit an.

Das ist der spezialisierte Fall einer solchen Übereignung; der andere Fall, den wir noch betrachten wollen, ist kürzer, er gibt keine Einzelheiten, ist deshalb auch nicht so korrekt, kommt jedoch wohl bedeutend häufiger vor. Danach würde obiger Vertrag etwa lauten: Die Brauerei überträgt ihrem Gläubiger zur Sicherung von dessen Forderungen an sie ihre Biervorräte, die in diesem bestimmten Keller lagern. Diese Biervorräte verbleiben im Besitz der Brauerei; zur Herbeiführung des Eigentumsübergangs gemäß § 930 BGB. wird das Rechtsverhältnis der Kommission als Übergabeersatz vereinbart. Die Brauerei erhält das Recht die Biervorräte, soweit sie 1000 hl übersteigen, zu veräußern. Sie verpflichtet sich zu steter Nachfüllung. Sie trägt die Nachfüllung stets in eine in dem betreffenden Keller aufgehängte Liste ein, mit der Eintragung überträgt sie das Eigentum an den nachgefüllten Mengen auf den Gläubiger und erklärt gleichzeitig als Vertreterin des Gläubigers sich selbst nach § 181 BGB. die Annahme. Dem Gläubiger steht jederzeit ein Recht der Nachprüfung zu.

Besonders dieser letztere Fall, als Grundlage des Besitzkonstituts das Rechtsverhältnis der Kommission zu vereinbaren, ist in der Praxis immer mehr gebräuchlich geworden. Gerade diesen Weg hat nun aber Höniger in seiner schon eingangs erwähnten Schrift über die Sicherungsübereignung für unmöglich bezw. erfolglos erklärt. Er führt hier in treffender Weise aus, daß dieses zu Grunde gelegte Kommissionsverhältnis, wie es wenigstens die Parteien — freilich irrelevanterweise — benennen, tatsächlich eben gar kein Kommissionsverhältnis ist, weil zu dem Begriff des Kommissionärs gehört, daß dieser Waren für Rechnung eines Anderen in eigenem Namen gewerbsmäßig verkauft, während der sein Warenlager übereignende Schuldner natürlich soweit nicht gehen will[36]), sondern die Waren stets für eigene Rechnung und vor allem für eigenes Interesse veräußern möchte, und einen Kommissionär, der für eigene Rechnung handelt, gibt es nun einmal nicht.

Höniger schließt nun weiter, da also kein Kommissionsverhältnis vorliege, fehle auch das die Ersatzübergabe nach § 930 BGB. vermittelnde Rechtsverhältnis der in § 868 bezeichneten Art. Daher sei die Übereignung des Warenlagers gar nicht zustande gekommen.

Dies wäre freilich richtig, wenn der Kommissionsvertrag das einzige Rechtsverhältnis darstellen würde, welches den Übergabeersatz hier in geeigneter Weise vermitteln könnte. Dies ist aber durchaus nicht der Fall. Wie wir oben gefunden haben, ist jedes Rechtsverhältnis geeignet, das einen Herausgabeanspruch an den zu übereignenden Sachen oder deren Surrogaten für den Eigentümer begründet, sofern gleichzeitig der unmittelbare Besitzer sein Besitzrecht vom Eigentümer ableitet und letzteres ist immer der Fall, wenn der Schuldner das Eigentum an den Sachen ernstlich auf den Gläubiger übertragen hat.

Der Herausgabeanspruch dagegen darf nur nicht etwa bloß auf ein abstraktes Versprechen sich stützen[37]), sondern es muß das Grundverhältnis, das ihn erzeugt, offenkundig sein.

36) Nach der neuesten Reichsgerichtsentscheidung dürfte sich ja ein solcher Schuldner, der in die Stellung eines Kommissionärs oder Geschäftsführers gesunken ist, ohne gegen die guten Sitten zu verstoßen, nicht mehr den Anschein eines selbständigen Geschäftsinhabers geben.

37) RG.Komm. zu § 868.

Im einzelnen kann dieses Grundverhältnis, wie wir auch oben schon gesehen haben[38]), ein obligatorisches oder ein dingliches sein; und braucht, wenn es der ersteren Gattung angehört, entsprechend dem im BGB. für das Obligationenrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit, keinem der im BGB. geschaffenen Vertragstypen zu unterfallen. Endlich können die Parteien bei der Feststellung des Grundverhältnisses, statt hiebei einen bestimmten Vertragstypnamen, wie etwa Verwahrung oder Miete anzuführen, sämtliche Einzelbestimmungen wiedergeben, die in ihrem Endergebnis zu irgendeinem bestimmten Vertragstypus führen und dies werden sie vor allem dann zu tun gezwungen sein, wenn der Vertragstypus, den sie zu Grunde legen, überhaupt keine oder wenigstens nicht eine im Gesetz oder in der Wissenschaft allgemein anerkannte Benennung besitzt. Aber auch eine den Parteien hiebei etwa unterlaufende Falschbenennung vermag nicht zu schaden, so z. B. nicht, wenn sie wegen der bestehenden Ähnlichkeit ein Verhältnis als Kommissionsvertrag bezeichnen, während vielleicht aus dem Willen der Parteien klar hervorgeht, daß dieses Verhältnis tatsächlich gewissen Voraussetzungen der Kommission nicht genügt[39]). Es ist eben auch hier nach dem allgemeinen Grundsatz zu verfahren, daß der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist.

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich nun ohne weiteres, daß die erwähnten Formen und Beispiele zur Übertragung des Eigentums an Warenlagern in rechtlich wirksamer Weise genügen, denn es ist offensichtlich, daß der Wille der Parteien dabei auf Begründung eines Rechtsverhältnisses gerichtet ist, das für den Gläubiger, dem das Eigentum übertragen werden soll, einen Herausgabeanspruch begründet am gesamten

---

38) § 9.

39) Anders ist es, wenn die Parteien ohne nähere aufklärende Bestimmungen zu geben, wie oben in diesem Paragraphen schon erwähnt, das Verhältnis der Miete oder Leihe zu Grunde legen, das mit der Veräußerungsbefugnis eben in offenkundigem Widerspruch steht; in diesem Fall ist eben auch durchweg unwahrscheinlich, daß sich die Parteien klar waren über den Willen einen Herausgabeanspruch zu begründen und daß sie diesen Willen damit hätten zum Ausdruck bringen wollen. Diese Frage wird allerdings stets zu prüfen sein und als ausschlaggebend angesehen werden müssen.

übereigneten Warenlager und allen an Stelle der veräußerten tretenden neu angeschafften oder neu produzierten Waren — einen Herausgabeanspruch, der im Fall der Beendigung des Grundverhältnisses unter der Voraussetzung der Nichtbezahlung der gesicherten Schuldsumme realisiert werden kann.

Wir sind also zu dem Resultat gekommen, daß die Übereignung eines Warenlagers in einer für die Sicherungsübereignung brauchbaren Weise erfolgen kann.

Und zwar geschieht dies am besten dadurch, daß die Parteien bezüglich des zu übereignenden Warenlagers an Stelle der Übergabe „ein kommissionsähnliches Verhältnis vereinbaren, zufolgedessen der Schuldner und seitherige Eigentümer im Besitz der Waren verbleibt und berechtigt ist, die einzelnen Waren, soweit dies ein regelmäßiger Geschäftsbetrieb erfordert, zu veräußern, dabei aber die Verpflichtung hat, die veräußerten Waren gleichfalls wieder im Rahmen eines geordneten Geschäftsbetriebs durch andere neu angeschaffte oder produzierte zu ersetzen und jeweils das Eigentum an diesen auf den Gläubiger zu übertragen, zufolgedessen er endlich auch verpflichtet ist, bei Beendigung dieses Verhältnisses das Warenlager in seinem übereigneten Bestand an den Gläubiger herauszugeben[40])."

Wenn man nun so diesen Herausgabeanspruch an den Waren, bezw. ihren Ersatzstücken als ein Moment des Übergabeersatzes ansieht, mit dem der Eigentumsübergang steht und fällt, so muß natürlicherweise auch Sorge dafür getragen werden, daß dieser Herausgabeanspruch nicht durch ein entsprechendes, hier besonders nahe liegendes Verhalten des Schuldners illusorisch gemacht wird: es sind Vorkehrungen zu treffen, die es verhindern, daß der Schuldner entweder gar keine Ersatzstücke für die veräußerten Waren beschafft oder doch es unterläßt, die neu angeschafften an Stelle der veräußerten sofort ins Eigentum des Gläubigers zu übertragen. Zu diesem Zweck muß dem Schuldner die obligatorische Ver-

40) Man kann bei dieser Formulierung nicht sagen, daß die Herausgabe in abstrakter Weise versprochen sei, denn die causa bildet eben das benannte kommissionsähnliche Verhältnis und betont soll dieser Herausgabeanspruch nur noch einmal werden, damit der entsprechende Wille der Parteien erkenntlich zum Ausdruck gebracht wird.

pflichtung und die Ermächtigung auferlegt, bezw. gegeben werden, bei jeder Neubeschaffung von Ersatzstücken durch Kontrahieren mit sich selbst in eigenem Namen und im Namen des Gläubigers gemäß § 181 BGB. den Eigentumsübergang auf den Gläubiger zu bewerkstelligen[41]). Damit dieses Rechtsgeschäft aber rechtlich wirksam ist, muß es äußerlich erkenngemacht werden. Dies geschieht, wenn die Beschaffung der Ersatzstücke im Wege des Einkaufs erfolgt, am besten in der Art, daß der Schuldner unter gleichzeitigem Hinweis auf den bestehenden und zu Grunde liegenden Hauptvertrag auf der Faktura über diese Waren den Vermerk, daß die Waren zur Sicherung übereignet werden, setzt und den Vermerk mit seiner Unterschrift versieht[42]). Erfolgt aber die Neubeschaffung der Ersatzstücke etwa durch Eigenfabrikation des Schuldners, so könnte diese Ersichtlichmachung in der Weise erfolgen, daß dieser Vermerk in den Geschäftsbüchern des Schuldners gemacht wird oder in einer Liste, die in dem Warenlager aufliegt[43]).

Um aber ganz sicher zu gehen, daß der Schuldner diesen seinen Verpflichtungen auch nachkommt, wird dem Gläubiger zum Zweck der Kontrolle nichts anderes übrig bleiben, als daß er entweder zu gewissen regelmäßig wiederkehrenden Zeiten sich eine Art Abrechnung übersenden läßt oder aber daß er sich eben die Mühe nimmt, selbst oder durch einen Vertrauensmann im Wege des persönlichen Augenscheins sich von dieser Pflichterfüllung zu überzeugen.

Noch aber haben wir nicht alle im § 868 BGB. genannten Arten von Rechtsverhältnissen auf ihre Brauchbarkeit, bei der Sicherungsüber-

---

41) Daß dies möglich ist, ergibt sich aus ERG. 9, Bd. 56 S. 54; ferner ebenso Luetgebrune in JW. 1910, S. 140.

42) So Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1911 S. 553.

43) Wenn sich sämtliche übereigneten Waren ausschließlich in einem bestimmten Raum befinden, so müßte an und für sich eine genügende Ersichtlichmachung der Eigentumsübertragung auch schon darin gefunden werden, daß der Schuldner die Ersatzstücke in diesen Raum verbringen läßt. Dieses System wird sich aber für einen vorsichtigen Gläubiger deshalb nicht empfehlen, weil ein frauduloser Schuldner durch einfaches Wiederwegschaffen die Ersichtlichmachung hinfällig machen kann, während bei einem Vermerk in den Geschäftsbüchern oder anderen Papieren dies nicht der Fall ist.

eignung als Übergabeersatz zu dienen, geprüft; es bleibt vielmehr vor allem noch ein solches dinglicher Natur — das ist der Nießbrauch; und darüber findet sich ein Versuch in der Theorie[44]), dieses Institut entsprechend für den Übergabeersatz zu verwerten. Und zwar wird dort ein ganz bestimmter Fall des Nießbrauchs, nämlich der des § 1048 im BGB. als geeignet herangezogen. Der hier in Betracht kommende Abs. 1 des § 1048 lautet: „Ist ein Grundstück samt Inventar Gegenstand des Nießbrauchs, so kann der Nießbraucher über die einzelnen Stücke des Inventars innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen. Er hat für den gewöhnlichen Abgang sowie für die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ausscheidenden Stücke Ersatz zu beschaffen; die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum desjenigen, welchem das Inventar gehört."

Eine derartige Regelung wäre natürlich für unseren Fall wie geschaffen und ein Versuch, diese Bestimmung hier zu verwenden, ist verlockend. Aber man darf nicht vergessen, daß es sich hiebei um einen Ausnahmefall handelt, und daß eine Übertragung auf ganz andersartig beschaffene Verhältnisse in analoger Weise nicht statthaft ist. Die Hauptsache, die für das Gesetz im Mittelpunkt steht, bildet hier der Nießbrauch an einem Grundstück, der Nießbrauch am zugehörigen Inventar spielt nur eine nebensächliche und unselbständige Rolle; im Interesse der Hauptsache, nämlich des Grundstücks, ist bezüglich der Nebensache, weil sie eben nur eine Nebensache ist, eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung getroffen, es soll nämlich damit eine bessere und ergiebigere Bewirtschaftung des Grundstücks selbst ermöglicht werden.

Alle diese Voraussetzungen und Gründe liegen aber in dem hier zu besprechenden Fall nicht vor: das Warenlager ist die einzige und hauptsächliche Sache, die den Gegenstand des Nießbrauchs bildet, und wir können deshalb, wie gesagt, auf dasselbe nicht die bezüglich des Inventars geltenden Bestimmungen des § 1048 BGB. anwenden.

---

44) Dobriner, Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Heidelberger Dissertation 1910.

Nun bleibt aber noch eine andere Art von Nießbrauch[45]) im BGB., das ist der Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen des § 1067. Warenlager sind verbrauchbare Sachen. Nach § 1067 kann an verbrauchbaren Sachen ein Nießbrauch bestellt werden; aber es geht danach das Eigentum an diesen Sachen auf den Nießbraucher über. Damit scheint zunächst auch diese Art von Nießbrauch für den hier erforderlichen Zweck unbrauchbar zu sein; fällt ja doch damit das Eigentum wieder auf den übertragenden Schuldner, der nun Nießbraucher werden müßte, zurück und die ganze Sicherungsübereignung fiele dadurch in sich zusammen.

Nun ist aber, so überraschend dies klingen mag, wenn man etwa an den Grundsatz der salva rei substantia denkt, nach der herrschenden oder vielmehr einmütigen Meinung der Lehrbücher, sowie nach den klaren, unzweideutigen Worten der Motive zum BGB. die Bestimmung, wonach das Eigentum auf den Nießbraucher übergeht, eine solche rein dispositiver Natur und steht es im freien Willen der Parteien, etwas anderes, Gegenteiliges zu vereinbaren, also den Eigentumsübergang an den Gegenständen auf den Nießbraucher auszuschließen und den gewöhnlichen Nießbrauch an den verbrauchbaren Sachen, also hier dem Warenlager zu bestellen. Man hat für diese Einrichtung das Wort Dispositionsnießbrauch geprägt; nach ihm erlangt der Nießbraucher ein freies Verfügungsrecht an den Nießbrauchsachen. In dieser Hinsicht wäre also in unserem in Betracht kommenden Fall geholfen. Behält aber auch der Gläubiger eine genügende Sicherheit? Wie steht es, wenn der Schuldner seine Waren verkauft? Nach den weiteren Bestimmungen des § 1067 hat nach der Beendigung des Nießbrauchs der Nießbraucher dem Besteller den Wert zu ersetzen, den die Sachen zur Zeit der Bestellung hatten. Danach würde unser Gläubiger einen Anspruch auf einen Wertsersatz, also auf eine Geldleistung bekommen. Damit wäre ihm natürlich wieder gar nicht geholfen; er hätte neben seiner Geldforderung, für die er die Sicherheit wünscht, nichts anderes als eine zweite Geldforderung und das gegen den-

45) Vgl. hiezu Zeiler in der Zeitschrift des D. Not.Ver. 1912 S. 65, der zum gleichen Resultat kommt, wie die folgenden Ausführungen, die schon vor dem Erscheinen seines Aufsatzes schriftlich fixiert waren.

selben Schuldner — das ist keine Sicherung. Aber auch hier findet sich wieder ein Ausweg: jene zweite Bestimmung des § 1067 bezüglich des Wertsersatzes kann gleichfalls durch anderweitige Bestimmungen ersetzt werden[46]), besonders einfach bei vertretbaren Sachen, aus welchen ein Warenlager meist zusammengesetzt sein wird, durch die Bestimmung[47]), daß Sachen derselben Art und Güte zurückzuerstatten seien oder vielmehr in unserem Fall, daß die als Ersatz für die veräußerten Waren angeschafften neuen Bestände — schon bevor eine Zurückerstattungspflicht überhaupt in Betracht zu ziehen ist — nicht bloß tatsächlich und wirtschaftlich, sondern auch rechtlich im Verhältnis zu dem Nießbrauchbesteller, d. i. dem Gläubiger, an die Stelle der alten Waren treten. Eine derartige Verpflichtung für die Zukunft, das Eigentum auf den Gläubiger zu übertragen, kann ja dem Schuldner, wie oben ausgeführt, auferlegt werden.

Und endlich muß sich auch hier der Gläubiger noch, wenn er genügend gedeckt und geschützt sein will, in derselben Weise, wie oben ausgeführt, Garantien dafür verschaffen, daß einmal der Schuldner für die veräußerten und abgängigen Waren sich überhaupt einen Neuersatz anschafft und sodann, daß er den angeschafften Ersatz auch an Stelle der weggegebenen Gegenstände treten läßt und sie ins Eigentum des Gläubigers überträgt.

Wenn aber dieses letzte tatsächliche Erfordernis auch erfüllt ist, dann erscheint der Dispositionsnießbrauch in allen Punkten als ein geeignetes Mittel, als Übergabeersatz für die Sicherungsübereignungen von Warenlagern zu dienen: als eine Form des Nießbrauchs begründet er, wie sich aus § 868 BGB. ohne weiteres ergibt, den für das constitutum possessorium erforderlichen mittelbaren Besitz, in seiner ihm durch die obenerwähnten Nebenbestimmungen gegebenen Erscheinungsform als Dispositionsnießbrauch gibt er dem Schuldner die gewünschte Möglichkeit, über die in seinem Besitz verbleibenden Sachen frei zu verfügen; der Gläubiger endlich ist durch sein sich immer wieder verjüngendes Eigentumsrecht genügend gesichert.

46) s. Planck zu § 1067.

47) Dies könnte in derselben Weise wie oben ausgeführt geschehen, also insbesondere durch Selbstkontrahieren.

Der Umstand, daß der Nießbrauch mit dem Tode des Nießbrauchers erlischt, beseitigt die Tauglichkeit des Instituts für die Sicherungsübereignung nicht, denn es handelt sich hier um Verhältnisse, die mit dem Tode des Schuldners meist eine definitive Lösung finden müssen und wenn dies nicht der Fall ist, so ergibt sich eben aus den allgemeinen Verhältnissen, daß der Gläubiger verpflichtet ist, dem Rechtsnachfolger des verstorbenen Schuldners, sofern dieser für die gesicherte Schuld haftet, wiederum ein Nießbrauchsrecht an den Sachen in der gleichen Weise einzuräumen, wie dies beim verstorbenen Schuldner der Fall war.

In der Praxis aber ist eine Sicherungsübereignung auf dieser Grundlage der Nießbrauchbestellung bis jetzt nirgends üblich. Warum? Ein tieferer Grund ist nicht ersichtlich und die Ursache wird wohl keine andere sein, als die, daß man im täglichen Rechtsverkehr überhaupt nicht gewohnt ist, Nießbrauchbestellungen an beweglichen Sachen auf rechtsgeschäftlichem Wege vorzunehmen.

Wenn aber nun in der Literatur mehr und mehr auf diesen Weg verwiesen wird, und die Parteien erkennen, daß er durchaus brauchbar und bezüglich der Rechtswirksamkeit des Vertrags der sicherste ist, wird er sich auch in der Praxis wohl allmählich einbürgern. Die Parteien, kommen dabei insbesondere auch um die schwierige Formulierung des Übergabeersatzes herum, da ja der Nießbrauch eines der in § 868 BGB. genannten Verhältnisse ist.

Zusammenfassend ist also über die Sicherungsübereignung eines Warenlagers zu sagen, daß eine solche wohl möglich ist, entweder am einfachsten und besten durch Vereinbarung eines Dispositionsnießbrauchs oder aber eines kommissionsähnlichen, obligatorischen Verhältnisses, das einerseits dem Schuldner die Veräußerung der Waren im eigenen Namen und für eigene Rechnung gestattet, das andererseits den Willen der Parteien, für den Gläubiger einen Herausgabeanspruch an den Waren oder deren Ersatzstücken zu begründen, klar zum Ausdruck bringt und das auch die nötigen Vorkehrungen für die eventuelle Möglichkeit einer tatsächlichen Verwirklichung dieses Herausgabeanspruchs enthält.

§ 11. Einzelne Rechtsfolgen aus dem Gebiet der Sicherungsübereignung.

Die rechtlichen Folgen der Sicherungsübereignung im allgemeinen sind oben in § 3 besprochen. Auf eine Reihe von einzelnen Folgen mehr nebensächlichen Charakters hat Höniger[48]) hingewiesen. Auf sie beziehen sich die folgenden Ausführungen.

Von seinem Standpunkt aus, daß die Sicherungsübereignung von Warenlagern, wenn überhaupt, dann nur mit Hilfe der Kommissionsklausel bewirkt werden könne, bemerkt er, daß dadurch aus dem Schuldner, der bisher Eigenkaufmann war, ein Kommissionär wird und daß dabei der Grundsatz der Firmenwahrheit verletzt werden kann. Dieser Gesichtspunkt kommt für uns aber nicht in Betracht, weil wir gefunden haben, daß der Schuldner gerade selbständiger Inhaber seines Geschäfts bleiben muß.

Weiter weist er darauf hin, daß, wenn die übereigneten Gegenstände versichert sind, der Versicherungsgesellschaft gegenüber der Gläubiger, der wirklicher Eigentümer ist, als Prämienschuldner gilt. Das ist richtig; Gläubiger und Schuldner werden aber bezüglich ihres Innenverhältnisses vereinbaren, daß der Schuldner stets auch die Versicherungsprämien zu bezahlen hat.

Was nun ferner die Schwierigkeiten der Buchführung anlangt, so ist folgendes zu sagen: Die gesicherte Darlehens- oder sonstige Forderung hat der Schuldner zweifellos unter seinen Passiven aufzuführen; würde er nun seine Verpflichtung zur Herausgabe der übereigneten Waren an den Gläubiger auch unter die Passiva aufnehmen, so wäre damit ein und dieselbe Schuld zweimal gebucht und der Schuldner müßte, um diesen Fehler wieder gutzumachen, seinen Anspruch auf Rückübereignung, den er im Fall der Einlösung der gesicherten Schuldsumme hat, wiederum unter seinen Aktiven aufführen. Damit würde er seine Bücher unnötig belasten und er ist deshalb wohl dazu berechtigt, die Buchung dieser sich gegenseitig aufhebenden Forderung und Schuld zu unterlassen[49]).

Endlich ist noch ein wichtiger Punkt zu nennen, auf den Höniger hinweist. Nämlich wenn der Schuldner sein Warenlager oder seine

48) Höniger in der Zeitschrift des D. Not.Ver. 1911 S. 177.

49) Höniger bemerkt hier in der kaufmännischen Buchführung müsse jede Übereignung einer Ware gebucht werden; das ist für den Normalfall richtig, nämlich den Fall,

Wohnungseinrichtung oder ähnliche Gesamtheiten übereignet, so werden diese häufig sein einziges und ganzes Vermögen bilden. Dann müßte man zunächst daran denken, daß die §§ 311 und 419 BGB. Anwendung finden, wonach einerseits diese Übertragung des Vermögens nur rechtswirksam wäre, wenn der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet ist — die Heilung eines diesbezüglichen Mangels durch Vertragserfüllung tritt nicht ein — und andererseits wäre die Sicherung durch die Bestimmung des § 419 leicht illusorisch, weil der Gläubiger hienach mit dem Bestand der übereigneten Gegenstände den übrigen Gläubigern seines Schuldners haftet. Nun übereignet ja der Schuldner wohl die sämtlichen Sicherungsgegenstände, aber er behält den wichtigen, durch Zahlung der Schuldsumme bedingten Anspruch auf Rückübereignung dieser Gegenstände; und deshalb kann man nicht wohl von einer Übernahme seines gesamten Vermögens seitens des Gläubigers sprechen, weshalb auch die erwähnten Gesetzesbestimmungen keine Anwendung zu finden brauchen[50]). Diese Ansicht ist auch vom Standpunkt des Gesetzgebers, der die übrigen Gläubiger schützen will, durchaus gerechtfertigt, denn durch die Darlehenshingabe unter gleichzeitiger Belassung der Sicherungsgegenstände beim Schuldner werden diesem Mittel in die Hand gegeben, um seine Vermögenslage zu bessern, was für alle Gläubiger nur günstig sein kann. Wird freilich die Sicherungsübereignung erst vorgenommen, nachdem die zu sichernde Schuld längst bestand, nur weil sich die Vermögensverhältnisse des Schuldners verschlechtert haben, dann liegt die Absicht einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger nahe, diese sind aber durch die Bestimmungen des Anfechtungsgesetzes genügend geschützt.

§ 12. Reformen.

Zur Beseitigung der Gefahren der Sicherungsübereignung, die darin liegen, daß die Gläubiger des Schuldners bei der Nichterkennbarkeit der

daß die übereignete Ware auch dem neuen Eigentümer übergeben und aus dem Warenlager entfernt wird; das ist hier jedoch anders, wo die Ware zur weiteren Verfügung des Schuldners in dessen Warenlager verbleibt und ihre Übereignung erst zu buchen ist, wenn er sie an Dritte veräußert und weggibt.

50) So Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung. Zeitschrift des D.Not.Ver. 1911 Heft 7.

vorgenommenen Sicherungsübereignung durch fernere Kreditgewährung geschädigt werden können und daß die allgemeine Folge hievon eine Kreditgefährdung überhaupt ist, gibt es verschiedene Wege.

Ein solcher sehr radikaler Natur verbietet die Vornahme der Sicherungsübereignung überhaupt durch Gesetz, bei einem andern Weg werden die Grundlagen der Gefährdung beseitigt, indem die erfolgte Sicherungsübereignung für interessierte Dritte erkennbar gemacht wird. Der erste Weg verbietet sich von selbst, wenn man davon ausgeht, daß die Ermöglichung der Vornahme von Sicherungsübereignungen nur einer wirtschaftlichen Notwendigkeit Rechnung trägt und daß sich dieses Institut trotz der vielen und großen Schwierigkeiten, die sich ihm in den Weg gestellt haben, in Praxis und Rechtsprechung gleichwohl durchzusetzen vermochte.

Der andere Weg der Erkennbarmachung des Eigentumübergangs ist aber, da hiefür das Mittel des Besitzes wegfällt, nur gangbar bei einer Registrierung dieser Rechtsgeschäfte. Die rechtliche Wirksamkeit der Sicherungsübereignungen müßte abhängig gemacht werden von der Eintragung dieses Rechtsgeschäfts in ein bei den Gerichten zu führendes Register, was freilich mit großen Weiterungen verknüpft wäre, wenn ein solches neu geschaffen werden müßte.

Es bleibt aber endlich noch ein dritter Weg, der bis jetzt in der Literatur noch keine Erwähnung gefunden: Das ist eine Beschränkung der Sicherungsübereignungen schuldnerischerseits auf Vollkaufleute in Verbindung mit Registerzwang in der Weise, daß zur gültigen Vornahme einer Sicherungsübereignung verlangt wird, daß diese ins Handelsregister eingetragen wird[51]).

Damit würde mit einem Schlage eines der Grundübel beseitigt, nämlich die zahllosen, wirtschaftlich verfehlten Sicherungsübereignungen der kleinen Leute, die sich vor allem auf persönliche Gebrauchsgegenstände, insbesondere Wohnungseinrichtungen beziehen. Andererseits würde doch dem wirtschaftlichen Gedanken Rechnung getragen, daß bedeutende Werte wie Warenlager oder maschinelle Einrichtungen zu Kreditzwecken sollen

51) Diesen Gedanken verdanke ich einer persönlichen Anregung des Herrn Prof. Dr. Rietschel in Tübingen.

benützt werden können, da es sich in diesen Fällen auf schuldnerischer Seite so gut wie immer um Vollkaufleute handeln wird. Es würden damit zweifellos gesundere Zustände auf diesem Gebiet geschaffen.

Ferner wäre auch die Einführung des Registerzwangs wesentlich erleichtert, da die Eintragung der Übereignungen in das Handelsregister, also in ein schon bestehendes Register, erfolgen könnte.

Ein Gläubiger, der sicher gehen wollte, müßte sich dann eben der geringfügigen Mühe einer Einsicht in dieses Register unterziehen, wenn er einem Schuldner ohne Sicherungsmittel Kredit gewähren wollte.

Höniger sagt freilich, die Registerpublizität sei eine Fiktion; aber hier, wo sich der Gläubiger durch Unterlassungen in dieser Hinsicht in hohem Maß ins eigene Fleisch schneidet, wird sie wohl aufhören, eine Fiktion zu bleiben.

Mag auch nur ungern jetzt schon an dem Rechtszustand, wie er vor etwas mehr als einem Jahrzehnt im Bürgerlichen Gesetzbuch normiert wurde, eine Änderung vorgenommen werden — sie ist eben unumgänglich; und außerdem wäre die vorgeschlagene Änderung leicht einführbar.

Literaturverzeichnis.

Bähr, Urteile des Reichsgerichts.
Bonenkamp, Die fiduziarische Sicherungsübereignung beweglicher Sachen. Diss. 1910.
Bollenbeck, Zeitschrift des deutschen Notarvereins 1910 S. 169.
Brettner, Im „Recht" 1906 S. 920 Zur Sicherungsübereignung.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 3 1905.
Dernburg, Pandekten 1892.
Dernburg, Das bürgerliche Recht 3. Aufl.
Dobriner, Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers. Heidelb. Diss. 1910.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch 2. Aufl.
Düringer, in der Leipziger Zeitschrift für Handelsrecht 1908 S. 97, Zur Lehre vom Sicherungskauf.
Düringer, daselbst 1911 S. 417, Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung.
Enneccerus, Kipp und Wolff, Bd. 3, Das Sachenrecht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Geißler, Über die Frage des mittelbaren Besitzes in der Juristischen Wochenschrift 1905 S. 521.
Gerbert, Die Sicherungsübereignung u. das Mobiliarversicherungsrecht. Rost. Diss. 1905.
Golz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Rost. Diss. 1901.
Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über die Sicherungsübereignung, veröffentlicht in Leipz. Zeitschr. f. H.R. 1912 Heft 2.
Hallbauer, Die Sicherungsübereignung im Recht 1905 S. 632.
Hellwig, Gläubigernot, in Recht und Wirtschaft 1911 Heft 1.
Hellwig, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung im Archiv f. ziv. Praxis Bd. 64 S. 369.
Herklotz, Die Sicherungsübereignungen von Mobilien. Diss. 1903.
Hertz, Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte. Diss. 1905.
Herz, Die Sicherungsübereignungen. Heidelb. Diss. 1906.
Hirsch, Die Ersatzstücke bei Sicherungsübereignung von Inventar u. Warenlager in der D. Juristen-Ztg. 1911 S. 1383.
Höniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. Zeitschr. des D. Notarvereins 1911 S. 177.
Kahn, Die Übereignung zum Zweck der Sicherung. D. Juristenzeitung 1908.
Katzenstein, Die Sicherungsübereignung in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des D. Rechts Bd. 49.
Kleinrath, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Leipz. Zeitschr. für H.R. 1912 Heft 2.
Kohler, Jahrbücher für die Dogm. Bd. 16.
Kohler, Der Dispositionsnießbrauch in Jherings Jahrbüchern Bd. 24.

Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien. Jena 1889.
Lilienthal, Die Übereignung zum Zweck der Sicherung in der D. Juristen-Zeitung 1902.
Linkelmann, Die Sicherungsübereignungen im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 7 S. 209.
Luetgebrune, Die Sicherungsübereignung. Freib. Diss. 1906.
Luetgebrune, Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager in Jurist. Wochenschr. 1910 S. 140.
Mögling, Das fiduziarische Rechtsgeschäft. Tüb. Diss. 1908.
Motive zum Entwurf des BGB.
Müller, Die Sicherungsübereignung in der Württ. Zeitschrift f. Rechtspflege 1910 S. 181.
Nathan, Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zweck der Sicherung von Forderungen. Stuttgart 1909.
Oertmann, Zur Frage der Sicherungsübereignung in der D. Juristenzeitung 1911 S. 1178.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch 1906.
Prelle, Die Sicherungsübereignung. Leipz. Diss. 1910.
Przibilla, Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes in der Jur. Wochenschrift 1908 S. 395.
Pudor, Über mittelbaren Besitz in der Juristischen Wochenschr. 1905 S. 314.
Reichsgerichtsräte, Kommentar von — zum BGB.
Schauer, Zur Sicherungsübereignung in der D. Juristen-Zeitung 1907 S. 589.
Schröder, Zur Sicherungsübereignung in der D. Juristen-Zeitung 1901 S. 331.
Seidler, Die Sicherungsübereignung. Jenaer Diss. 1904.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 1910.
Staub, Kommentar zum HGB. 1906.
Thiesing, Über mittelbaren Besitz. Arch. f. Bürg. Recht Bd. 20 S. 240.
Walter, Die rechtl. u. wirtschaftl. Folgen der Sicherungsübereignung im Lichte der Billigkeit. Bonner Diss. 1912.
Weißler, Zur Frage der Sicherungsübereignung in der Zeitschrift des D. Notarvereins 1911 Heft 7.
Wendt, Der mittelbare Besitz im Archiv f. zivilistische Praxis Bd. 87.
Wienstein, Zur Frage der Sicherungsübereignung im Recht 1906.
Zeiler, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Zeitschrift des D. Notarvereins 1912 S. 65.
Ziese, in der Zeitschrift des D. Notarvereins 1905 S. 648.